



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

El modelo colaborativo de constitucionalismo

Hacia una cultura democrática de la justificación

Autor:

Mariano Carlos Melero de la Torre

Director/es:

Prof. José María Sauca Cano

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Getafe, septiembre de 2016



(a entregar en la Oficina de Posgrado, una vez nombrado el Tribunal evaluador , para preparar el documento para la defensa de la tesis)

TESIS DOCTORAL

TÍTULO DE LA TESIS

Autor: (Nombre y apellidos)

Director/es: (Nombre y apellidos)

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Leganés/Getafe, de de

ÍNDICE

Agradecimientos 7

Introducción 9

El paradigma constitucional de los derechos humanos 10

Supremacía judicial y déficit democrático 11

Una práctica en busca de teoría 14

De la soberanía a la justificación 18

Dos visiones de la cultura de la justificación 21

PARTE I. Instituciones 27

1. Definición y formas del modelo 29

A. Diálogo, interdependencia y coordinación deliberativa 29

B. Formas institucionales 33

a) *The Canadian Bill of Rights* (1960) 33

b) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982) 35

c) *The New Zealand Bill of Rights* (1990) 39

d) *The United Kingdom Human Rights Act* (1998) 42

e) *The Australian Capital Territory's Human Rights Act* (2004) y *The Victoria's Charter of Human Rights and Responsibilities Act* (2006) 47

2. Estructura institucional básica 53

A. Una declaración formal de principios 53

B. El escrutinio político de constitucionalidad 58

a) En Canadá 58

b) En Nueva Zelanda 62

c) En Reino Unido 64

d) En Australia 70

C. La intervención supervisora de los tribunales 72

a) El análisis de proporcionalidad y la doctrina de la deferencia debida 73

| | |
|--|-----|
| i) Legitimidad | 76 |
| ii) Idoneidad | 77 |
| iii) Necesidad | 79 |
| iv) Proporcionalidad <i>sensu stricto</i> | 86 |
| b) La reparación judicial | 90 |
| i) Resolución invalidatoria | 91 |
| ii) Reparación interpretativa | 94 |
| iii) Declaración de incompatibilidad | 105 |
| D. La réplica del legislador | 110 |
| a) A la producción legislativa de los tribunales | 112 |
| i) Secuelas legislativas | 113 |
| ii) Proactividad parlamentaria | 126 |
| b) A las declaraciones de incompatibilidad | 135 |
| E. Recapitulación: un entramado institucional que promueve el diálogo y la rendición de cuentas entre los poderes del Estado | 138 |

PARTE II. **Teorías** 143

| | |
|---|-----|
| 3. Las posiciones del constitucionalismo jurídico | 145 |
| A. Algunas teorías de la supremacía judicial | 146 |
| a) Desde una legalidad sustantiva | 146 |
| b) Desde un constitucionalismo <i>common law</i> | 151 |
| B. Hacia una teoría constitucional colaborativa | 158 |
| 4. La teoría de la legalidad como razón pública | 161 |
| A. Una cultura democrática de la justificación | 162 |
| B. La legitimidad de la legalidad | 165 |
| a) Legitimidad y justificación | 165 |
| b) Legislar e interpretar | 172 |
| c) Legalidad y calidad moral | 179 |
| C. Un constitucionalismo <i>common law</i> | 185 |
| a) El estilo <i>common law</i> de razonamiento | 186 |
| b) El papel cooperativo de los poderes electos | 188 |
| c) Los valores y principios constitucionales | 196 |
| d) La transformación de la tradicional <i>judicial review</i> | 201 |

| | |
|---|------------|
| D. El imperio de la Ley como empresa colaborativa | 210 |
| 5. Una réplica al constitucionalismo político | 218 |
| A. La revisión judicial ‘débil’ como colaboración institucional | 219 |
| B. La ilegitimidad democrática de la revisión judicial | 227 |
| a) El argumento basado en los derechos | 227 |
| b) El argumento basado en las consecuencias | 235 |
| C. La distorsión del discurso político | 240 |
| PARTE III. Culturas constitucionales | 247 |
| 6. De la soberanía a la justificación | 249 |
| A. El nuevo modelo europeo de justicia constitucional | 249 |
| a) Breve reseña histórica | 250 |
| b) Convergencia y disparidad de los modelos americano y europeo | 255 |
| i) La Constitución como norma jurídica | 256 |
| ii) La omnipotencia judicial | 258 |
| iii) El ‘juez constitucional’ como legislador positivo | 263 |
| B. La teoría del neoconstitucionalismo | 266 |
| a) Aspectos conceptuales y metodológicos | 266 |
| b) Una nueva teoría del Derecho | 274 |
| C. El nuevo paradigma: un marco constitucional no soberanista | 278 |
| 7. Dos visiones de una cultura de la justificación | 286 |
| A. La cuestión del poder constituyente | 286 |
| B. Proporcionalidad y derechos constitucionales | 292 |
| a) Genealogía alemana y recepción en la <i>Commonwealth</i> | 293 |
| b) Dos concepciones de la proporcionalidad | 297 |
| c) Dos visiones de sus componentes estructurales | 306 |
| C. El papel de los jueces en un sistema democrático | 311 |
| 8. Proporcionalidad y deferencia debida en el modelo colaborativo | 320 |
| A. El análisis de proporcionalidad | 320 |
| a) Proporcionalidad y razonabilidad | 320 |
| b) Una revisión centrada en el proceso | 330 |
| B. La doctrina de la deferencia debida | 344 |
| a) El lenguaje de la deferencia | 345 |

| | |
|--|-----|
| b) Deferencia mínima y sustancial | 349 |
| c) Factores institucionales, constitucionales y sustantivos | 352 |
| d) Deferencia como respeto y como sumisión | 358 |
| i) Factores formales relevantes en diferentes contextos | 367 |
| ii) Factores sustantivos relevantes en el caso del voto de los presos | 376 |
| C. La unidad del Derecho público | 379 |
| Conclusiones | 387 |
| Un constitucionalismo más democrático | 387 |
| Modelos, tribunales y culturas constitucionales | 391 |
| Proporcionalidad y deferencia debida | 394 |
| Una revisión judicial centrada en el proceso | 397 |
| APÉNDICE PARA MENCIÓN INTERNACIONAL | 401 |
| <i>Abstract</i> | 403 |
| <i>Conclusions</i> | 405 |
| 1. Definition and basic structure of the model | 405 |
| 2. A More Democratic Constitutional Justice | 406 |
| 3. Political Constitutionalism: A Weak Judicial Review | 408 |
| 4. The Theory of Legality as Public Reason: An Evolution of the Common Law Tradition | 412 |
| 5. The European New Constitutionalism | 418 |
| 6. The Modern Constitutional Paradigm | 421 |
| 7. Two Views of a Culture of Justification | 424 |
| 8. Proportionality and Due Deference in the Collaborative Model | 430 |
| 9. A Process-Oriented Judicial Review, or Outcomes Aren't All | 433 |
| Bibliografía | 437 |

Agradecimientos

En el curso de la preparación y escritura de este trabajo he contraído algunas deudas. En primer lugar, debo agradecer al director de la tesis, el profesor José María Sauca Cano, el entusiasmo y la confianza para echar a andar el proyecto y para llevarlo hasta su consecución. Sin su ayuda nada de esto hubiera sido posible. La idea de hacer este trabajo surgió durante la estancia que pude disfrutar como *Visiting Scholar* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá) a través del *Faculty Research Program 2012* del *International Council for Canadian Studies*. Allí pude discutir mis primeras ideas sobre el constitucionalismo canadiense con el profesor David Dyzenhaus, al que siempre le estaré agradecido por la calidez humana y la generosidad con que me acogió. Tres años más tarde pude realizar una nueva estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol (Reino Unido) como *Visiting Research Fellow*. En esta ocasión mi propósito era realizar la tercera y última parte del trabajo, quizá la más compleja, para lo cual tuve la suerte de contar con la supervisión del profesor Julian Rivers, cuyos comentarios y sugerencias me fueron enormemente valiosos. Asimismo, durante el desarrollo de esta tercera parte conocí al profesor Daniel Oliver Lalana, quien tuvo la amabilidad de leer el capítulo 8 y de discutir conmigo algunos de sus contenidos. Por último, no quisiera dejar de expresar mi gratitud hacia mi mujer y mi hija, Ness y Asha, por su paciencia infinita y su presencia incondicional.

Introducción

El presente trabajo se ocupa de un esquema de protección de derechos básicos caracterizado por la colaboración institucional y la justificación deliberativa. Este esquema de protección opera, con diversas formas institucionales, en Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y (en el nivel sub-nacional) Australia. Aunque ha recibido diferentes nombres, aquí lo denominaré ‘modelo *commonwealth*’ o ‘colaborativo’. El principal interés de este modelo es que pretende ofrecer una alternativa a la revisión de constitucionalidad basada en la ‘supremacía judicial’, la cual ha llegado a ser predominante dentro del paradigma constitucional contemporáneo.

La primera parte del trabajo tiene por objeto analizar las formas institucionales del modelo, así como desarrollar lo que podría considerarse su estructura institucional básica. La segunda parte está dedicada a elaborar su fundamentación teórica en el marco del debate actual entre los dos tipos básicos de constitucionalismo: el ‘jurídico’ y el ‘político’. Para ello, trato de articular una posición teórica intermedia en la que, junto a los defensores del primer tipo, se reconoce el carácter jurídico de la Constitución y el poder interpretativo de los tribunales, pero de un modo que trata de tener más en cuenta las consideraciones democráticas que reivindican los defensores del segundo. A esta posición la denominaré *la teoría de la legalidad como razón pública*.

Según este enfoque teórico, el modelo *commonwealth* pretende ser el entramado institucional de una ‘cultura de la justificación’. En este tipo de cultura jurídica y política, la cuestión decisiva no es quién debe tener la ‘última palabra’ en materia constitucional, sino cuáles han de ser los mecanismos que aseguren que las decisiones públicas se justifican razonablemente de acuerdo con los compromisos últimos de la sociedad. Bajo este enfoque, el modelo *commonwealth* coincide con el constitucionalismo ‘europeo’ de postguerra, pues ambos tienen por objeto la promoción de una cultura de la justificación. De ahí que la tercera y última parte de este trabajo se centre en un análisis comparativo de estos dos modelos, así como en un estudio más detallado del tipo de cultura constitucional que fomenta el modelo colaborativo: *una cultura democrática de la justificación*.

El paradigma constitucional de los Derechos Humanos

El paradigma constitucional contemporáneo desde finales de la Segunda Guerra Mundial (o, en términos más ideológicos, el nuevo paradigma constitucionalista) se caracteriza por afirmar que la validez jurídica de las leyes y actos administrativos depende, en parte, de su consistencia o compatibilidad con los valores y principios de los derechos humanos. Aunque no hay acuerdo en cuanto a la definición y alcance de tales derechos, ni tampoco en cuanto a su óptima articulación en los casos concretos o a quién corresponde el ejercicio de esa articulación, existe un amplio consenso en torno a la idea de que los valores y principios que los sustentan configuran la moralidad pública de una sociedad democrática, unos compromisos últimos que requieren algún tipo de protección jurídica. Bajo este paradigma, la relación entre el Estado y los individuos que viven bajo su gobierno se concibe como una cuestión de Derecho¹.

La ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos², así como su incorporación en los sistemas jurídicos nacionales mediante una declaración formal (con estatus jurídico jerárquicamente superior o simplemente mediante legislación ordinaria), han producido y siguen produciendo profundas reformas constitucionales en todo el mundo. Como señala Stephen Gardbaum, la estructura de los derechos fundamentales (tanto en el plano internacional como en el nacional), conduce a un tipo de gobierno basado en el requerimiento de justificación: salvo un reducido número de derechos, a los que se trata como normas categóricas o perentorias, la principal forma de entender los derechos constitucionales es como “presuntos escudos en lugar de triunfos absolutos”. Esto significa, como explica el autor, que en el paradigma de los derechos humanos se permite en principio la limitación o revocación de los derechos por parte de las instituciones políticas, siempre y cuando éstas puedan justificar la necesidad de estas medidas para el fomento de importantes objetivos de política pública que interfieren en ellos³.

¹ Sobre el paradigma constitucional de postguerra, centrado en los derechos humanos, existe una abundante literatura. Véase, por todos, Weinrib (2006), Ignatieff (2000), Choudhry (2010). La expresión ‘paradigma constitucionalista’ procede de Manuel Atienza, véase Atienza (2007).

² Los tratados que conforman lo que podrían denominarse “derechos constitucionales internacionales” son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito regional europeo, habría que añadir el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

³ Gardbaum (2008), 751.

Este fenómeno ha contribuido a la devaluación del principio de soberanía parlamentaria⁴. La iniciativa legislativa de los poderes electos se ve sometida a la obligación de sopesar sus objetivos políticos teniendo en cuenta la repercusión de todas sus acciones (y omisiones) en los valores y derechos constitucionales. No obstante, el debate actual acerca de la protección de los derechos fundamentales se ve lastrado, a mi juicio, por la cuestión de la identidad de los agentes decisores (los legisladores, los tribunales, o un tercer poder independiente de ambos) a quienes debería atribuírsele la supremacía en la interpretación constitucional. La cuestión de la supremacía impide la configuración de un constitucionalismo más consistente. Como señala Murray Hunt, una protección equilibrada de los derechos, que tenga en cuenta adecuadamente las consideraciones democráticas, requiere que los legisladores y los jueces observen y apliquen esas protecciones sin sentirse sujetos a un “marco constitucional soberanista”⁵. Este trabajo parte de la convicción de que la principal transformación que producen los tratados internacionales de derechos humanos, y su incorporación en el Derecho interno de los Estados, es un cambio profundo en la cultura jurídica y política de las democracias constitucionales, un cambio que todavía está en pleno proceso de consolidación.

Supremacía judicial y déficit democrático

En el contexto constitucional contemporáneo, la forma más extendida de garantizar la primacía de los derechos y valores constitucionales es mediante a) una declaración de derechos fundamentales con un estatus jurídico jerárquicamente superior al resto de la legislación; b) el ‘atrincheramiento’ de estos derechos contra su enmienda o revocación mediante legislación ordinaria; y c) un poder judicial con capacidad para anular las leyes incompatibles con los derechos, sin que el legislador pueda revisar tales decisiones mediante legislación ordinaria⁶. Éste es el modelo de justicia constitucional que desde finales del

⁴ Otros factores contribuyen igualmente a este resultado, en especial el incremento del poder del Estado administrativo, con capacidad para crear y aplicar normas jurídicas sobre la vida económica y social de la comunidad política. Sobre el origen y desarrollo del Estado social o regulador, véase Sotelo (2013).

⁵ Hunt (1997), 2.

⁶ Gardbaum (2001), 707-708. La superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y su atrincheramiento frente a la legislación democrática, es una cuestión distinta y conceptualmente independiente de la revisión judicial de constitucionalidad. Véase Nino (1997), 270; Laporta (2001), 461-462; Bayón (2004), 136. El atrincheramiento (o rigidez constitucional) consiste en la previsión de un procedimiento de reforma constitucional más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario. Sobre las restricciones que plantea la rigidez constitucional al procedimiento democrático, véase Gargarella (2014) y González Ricoy (2014). No obstante, en este trabajo sólo se considerará la cuestión de la rigidez en su conexión con la revisión judicial, como una medida que impide responder a las decisiones judiciales mediante legislación ordinaria. Por

siglo XVIII opera en los Estados Unidos de America (al que nos referiremos en adelante como el modelo ‘americano’), y el que, tras la Segunda Guerra Mundial, entronca en Europa continental con el modelo kelseniano de entreguerras, dando origen así a lo que se conoce como el nuevo modelo ‘europeo’⁷. En este sentido, a pesar de las importantes diferencias que separan ambos modelos (diferencias que exploraremos en la tercera parte de este trabajo), creo que cabe sostener con Gardbaum que las formas institucionales que se suelen englobar dentro del nuevo modelo ‘europeo’, “constituyen a la postre variaciones de, no desde, el modelo americano de supremacía constitucional o judicial, dado que todas ellas comparten sus rasgos estructurales esenciales”⁸. Ambos vendrían a configurar distintas variaciones de una forma de revisión de constitucionalidad basada en la supremacía judicial.

Según Gardbaum, los modelos de supremacía judicial se basan en “una necesaria y fundamental incompatibilidad entre la supremacía legislativa y la efectiva protección de los derechos fundamentales”⁹. Parafraseando al juez Marshall, “o bien la Constitución es Derecho supremo, atrincherado y protegido por una revisión judicial ‘fuerte’ (no revisable por ley ordinaria), o bien es Derecho ordinario, modificable mediante mayorías legislativas: entre estas alternativas no hay término medio”¹⁰. Si se acuerda que la Constitución es Derecho supremo, entonces los tribunales deben tener el poder de no aplicar leyes inconstitucionales como parte de su deber ordinario de solucionar legalmente los casos o conflictos que se les presentan.

En este punto radica la objeción de ‘déficit democrático’ que arrostra la justicia constitucional, una crítica que después de Alexander Bickel también se denomina ‘objeción contramayoritaria’. Dicha objeción podría resumirse con el siguiente argumento: los derechos protegidos suelen ser estándares altamente abstractos¹¹, cuyo contenido normativo (lo que prohíben o requieren) en el contexto de cada caso puede variar y llegar a ser sumamente indeterminado (a propósito de la mayoría de ellos existe un desacuerdo razonable sobre cuál es el contenido de sus requerimientos en cada caso concreto, incluso

otra parte, aunque en este trabajo circunscribo la revisión de constitucionalidad a la protección de los derechos fundamentales, los tribunales supremos y constitucionales tienen atribuido también el control de las leyes con objeto de garantizar los aspectos estructurales y procedimentales del orden constitucional (atribuciones de poder constitucional, procedimientos, pactos fundadores, federalismo, etc.).

⁷ La confluencia del modelo constitucional estadounidense y del modelo europeo de raíz kelseniana ha sido puesta de relieve por numerosos autores. Véase, por todos, Ruiz Miguel (2000), Hiebert (2004) y Weinrib (2006).

⁸ Gardbaum (2013), 6.

⁹ Gardbaum (2001), 707.

¹⁰ *Ibid.* 708. *Marshall v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137 (1803), 177.

¹¹ Hay algunos que no lo son, como, por ejemplo, la prohibición de la pena de muerte, de la esclavitud o del trabajo forzoso.

aunque los hechos relevantes del caso estén claros y no supongan ninguna controversia) y el principio democrático exige que sean los poderes electos, y no los jueces políticamente independientes, los que establezcan en cada caso qué prohíbe o qué exige un derecho fundamental abstracto o ‘indeterminado’. En definitiva, la democracia significa un gobierno de políticos electoralmente responsables, por lo que deberían ser ellos los que determinen el Derecho de la comunidad en cada caso.

El argumento crucial es que no es democrático que un tribunal imponga al gobierno su propio juicio sobre lo que prohíbe un derecho humano indeterminado (indeterminado en el caso en cuestión) — un juicio según el cual el gobierno estaría violando ese derecho —, cuando, según un juicio diferente pero igualmente razonable sobre lo que prohíbe tal derecho, no existiría dicha violación¹².

En términos de Mark Tushnet, una revisión judicial ‘fuerte’ (que otorga a los jueces constitucionales la última palabra en la interpretación de los derechos protegidos) implica un doble deterioro de la democracia. Por un lado, ‘debilita’ el proceso democrático de toma de decisiones, puesto que conduce a las instituciones políticas a no deliberar las cuestiones constitucionales, bajo el supuesto de que serán los jueces (o el tribunal constitucional) los encargados de anular o inaplicar aquellas leyes que resulten incompatibles con la Constitución¹³. Por otro lado, el gobierno y el parlamento han de supeditar la efectividad de sus políticas a la posterior revisión judicial, lo cual ‘distorsiona’ el proceso democrático, puesto que obliga a las instituciones políticas a elegir aquellas medidas que puedan ser más fácilmente defendibles ante los tribunales¹⁴. Según el argumento de la *debilitación democrática*, el modelo elimina de la agenda política los profundos desacuerdos de la razón pública y los sitúa dentro del ámbito de resolución de los tribunales, dando lugar a un ‘gobierno de los jueces’ que, como los nuevos ‘reyes filósofos’, son los únicos conocedores de la ‘verdad moral’. De acuerdo con el argumento de la *distorsión del discurso político*, el modelo exige a las instituciones políticas que adopten el estilo de razonamiento judicial (el análisis de proporcionalidad) en la producción de leyes y decisiones públicas, imponiendo así la razón jurídica/judicial como el prototipo de la razón pública.

¹² M. Perry (2003), 661.

¹³ En el mismo sentido, Michael J. Perry afirma: “Al imponer sus juicios sobre lo que los derechos humanos [...] prohíben (o exigen) a la acción gubernamental, los tribunales políticamente independientes disuaden necesariamente a los ciudadanos y sus representantes electos de deliberar por sí mismos sobre lo que prohíben los derechos; los tribunales disuaden necesariamente a los ciudadanos y sus representantes de deliberar por sí mismos sobre qué especificaciones se deben adoptar a partir de las normas indeterminadas de los derechos humanos, qué forma se ha de dar a tales normas, en los contextos particulares en los que dichas normas se invocan”, *ibid.*, 662.

¹⁴ Tushnet (1996), 247.

Una práctica en busca de teoría

Debido al ‘déficit democrático’ que provoca la forma de revisión judicial predominante, algunos países de fuerte tradición parlamentarista han articulado un modelo que pretende abordar de un modo más democrático la protección de los derechos humanos. La Constitución de Canadá, así como las Cartas de derechos del Reino Unido, Australia (en el nivel subnacional) y Nueva Zelanda, tratan de afrontar la objeción contramayoritaria con un modelo que fomenta la colaboración de todos los poderes del Estado en la definición y protección de los derechos fundamentales. La primera parte de este trabajo está dedicada precisamente a la exposición de la estructura institucional básica de este constitucionalismo colaborativo.

Según Gardbaum, el espectro de órdenes constitucionales posibles tiene como polos opuestos dos tipos básicos: *el constitucionalismo ‘político’*, para el que los límites constitucionales deben ser de naturaleza predominantemente política, garantizados mediante los mecanismos de *check and balance* que puedan crearse dentro del funcionamiento ordinario del sistema político mismo y, especialmente, mediante la rendición de cuentas en las elecciones, y *el constitucionalismo ‘jurídico’ o ‘judicial’*, para el que los límites constitucionales, y en especial los derechos, deben ser de naturaleza predominantemente jurídica, y garantizados mediante el poder de los tribunales para inaplicar las disposiciones que los infrinjan¹⁵. Para Gardbaum, el “nuevo” orden constitucional que ha surgido en algunos países de la *Commonwealth* supone una tercera opción caracterizada principalmente por dos técnicas innovadoras en la protección de derechos: la revisión ‘política’ de constitucionalidad, que están obligados a realizar el legislativo y el gobierno con carácter previo a la aprobación de las leyes, y una revisión judicial ‘débil’ en la que los tribunales no tienen automática o necesariamente la última palabra en la interpretación constitucional. Dichas técnicas establecen “una distribución de poderes peculiar y más equilibrada entre tribunales y legislativos”¹⁶. En dicha distribución, los jueces tienen una autoridad mayor para revisar la constitucionalidad de las leyes que la que desearían los defensores del constitucionalismo político, pero al faltarle carácter resolutivo *de iure* a sus decisiones en las cuestiones constitucionales su poder es menor de lo que sugieren los defensores de la supremacía judicial. Y a la inversa, los legislativos están sujetos a mayores restricciones

¹⁵ Gardbaum (2013), 21-22.

¹⁶ *Ibid.*, 33.

jurídicas que bajo un constitucionalismo político, pero en todo caso menores que bajo una revisión judicial ‘fuerte’¹⁷.

Sin embargo, desde un punto de vista teórico, la fundamentación del modelo colaborativo puede proceder tanto desde las claves del constitucionalismo político como desde las del constitucionalismo jurídico. Es más, creo que acierta Richard Bellamy cuando afirma que cualquier equilibrio entre el principio democrático y la protección judicial de los derechos tiene que hacerse forzosamente desde alguno de los dos tipos básicos de constitucionalismo. No existe una posición estrictamente neutral o equidistante. Cualquier versión intermedia partirá de los supuestos y preocupaciones de uno u otro tipo de constitucionalismo, para tratar de equilibrarlos con los supuestos de la posición contraria. Y así, “igual que diferentes formas de constitucionalismo jurídico dan mayor o menor peso al legislativo y a la soberanía popular en la enmienda o resolución de las cuestiones constitucionales, diferentes formas de constitucionalismo político permiten un mayor o menor grado de independencia o discreción judicial”¹⁸.

En efecto, el modelo colaborativo puede configurarse de forma bien distinta según el tipo básico de constitucionalismo que adoptemos. Así, desde *el constitucionalismo político*, la colaboración se concibe como una coordinación de autoridades interpretativas independientes, con diferentes e igualmente falibles concepciones de la justicia¹⁹. Dicha coordinación permite asegurar que la primera palabra del parlamento sobre la compatibilidad de su legislación con los derechos protegidos, no será automática o necesariamente la última; no obstante, otorga al legislativo el poder no sólo para responder a las decisiones judiciales, sino también para ignorarlas e interpretar la Constitución por su cuenta. Aunque los tribunales puedan tener el poder para revisar la legislación con el fin de determinar su compatibilidad con los derechos, corresponde a los poderes electoralmente responsables la articulación y protección de tales derechos. Las cuestiones constitucionales son esencialmente políticas, por lo que el parlamento y el ejecutivo deben tener la posibilidad de revocar las decisiones judiciales, y forzar su propia interpretación

¹⁷ Esta posición intermedia vendría a explicar por qué el modelo colaborativo ha podido ser criticado simultáneamente desde ambos bandos. Desde el constitucionalismo de supremacía judicial, ha sido considerado como una protección “fútil” de los derechos, a causa de la deferencia que exige a los jueces respecto a las ramas políticas, véase Ewin (2004) y, desde el constitucionalismo político se lo ha equiparado a la supremacía judicial del modelo estadounidense, por los poderes de interpretación constitucional que otorga a los jueces, véase J. Allan (2011).

¹⁸ Bellamy (2011), 89.

¹⁹ Desarrollaré algunos argumentos importantes del constitucionalismo político en el Capítulo 5. Para ello, me centraré fundamentalmente en los argumentos de Richard Bellamy, Jeremy Waldron, Mark Tushnet y Jeffrey Goldsworthy.

constitucional independiente. Según este enfoque, el rasgo específico del modelo es el ‘poder revocatorio ilimitado’ del legislativo²⁰. La clave del modelo sería, por tanto, la cuestión de la ‘última palabra’: en agudo contraste con las formas ‘fuertes’ de revisión judicial, el modelo permite que la última palabra sobre la interpretación constitucional corresponda a los poderes electos, no automáticamente a la judicatura.

Desde la perspectiva del *constitucionalismo jurídico*, en cambio, el modelo se configura de una manera diferente. Desde las claves de este tipo de constitucionalismo, la colaboración se configura también entre instituciones con papeles distintos e independientes, pero, además, con capacidades y competencias *complementarias*. A partir de sus capacidades y competencias relativas, puede decirse que el legislativo y el gobierno están mejor preparados para determinar la ‘extensión’ de los derechos fundamentales (su protección específica o efectiva realización), mientras que los tribunales están mejor dotados para definir el ‘alcance’ o significado de los mismos (su interpretación a la luz de los compromisos últimos de la sociedad)²¹. De este modo, la conversación constitucional ocurre principalmente en el proceso de justificación de las limitaciones que las disposiciones legislativas/ejecutivas producen en la protección efectiva de los derechos. Este proceso, por lo general, presupone la definición judicial del ‘alcance’ de los derechos, dado que se asume que son los jueces quienes tienen la responsabilidad de definir su significado. Por su parte, el legislativo y el gobierno son los principales agentes decisores sobre la limitación de los derechos, dado que se supone que son las instituciones políticas quienes tienen el papel principal en su articulación y provisión. Como consecuencia, el poder revocatorio ‘ilimitado’ del legislativo que incluye el modelo se concibe como un instrumento para circunstancias excepcionales (cuando el legislativo está convencido de que la interpretación judicial de los derechos no es públicamente defendible). Este instrumento parlamentario presupone un esquema más estructurado de conversación constitucional para las circunstancias ordinarias. Este esquema de justificación pública viene establecido en el modelo a través de la cláusula general de limitación de derechos, donde los derechos aparecen como legítimamente limitables siempre que así pueda justificarse fehacientemente en una sociedad democrática²².

²⁰ Según Gardbaum, éste sería el rasgo más característico del ‘nuevo modelo *commonwealth*’, véase Gardbaum (2007), 824; (2016), 276-279.

²¹ Roach (2015), 410-411.

²² Dicha cláusula aparece en la sección 1 de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*), la sección 5 de la Carta neozelandesa de 1990, la sección 28 de la Carta del Territorio de la Capital de Australia de 2004 y la sección 7 de la Carta del Territorio de Victoria 2006. En el Reino Unido no hace falta dicha cláusula puesto que las posibles limitaciones aparecen en la propia definición de los derechos del Convenio Europeo de Derechos

A este enfoque teórico lo denominaré *la legalidad como razón pública*, por cuanto que se trata de una perspectiva en la que el orden jurídico se configura como una práctica social discursiva en la que todos los poderes públicos (y, a través del legislativo, la ciudadanía) contribuyen a la definición y articulación de los valores y principios constitucionales. Este enfoque justifica el modelo colaborativo como un tipo de revisión judicial más robusto de lo que los constitucionalistas políticos sugieren. Para esta concepción, el modelo colaborativo debe situarse en el contexto de lo que se ha denominado ‘la cultura de la justificación’, es decir, una cultura jurídica en donde la validez del Derecho no depende únicamente de las restricciones de origen o pedigrí, sino también de las “restricciones extra-procedimentales” que los derechos básicos traen consigo²³. En esta cultura jurídica, el legislativo y el ejecutivo pueden interferir en los derechos siempre que ofrezcan para ello una justificación sustantiva controlada por el legislativo y los tribunales. Bajo este enfoque, el modelo colaborativo no está en agudo contraste con los modelos de supremacía judicial.

Mi tesis es que la perspectiva del constitucionalismo político no permite fundamentar adecuadamente un modelo colaborativo de revisión, porque presupone un marco constitucional ‘soberanista’, donde el aumento de poder de los tribunales implica una amenaza para la soberanía de los parlamentos. La teoría de la legalidad como razón pública, en cambio, sustituye este conflicto de autoridades últimas por un esquema de cooperación entre poderes, subrayando así la interdependencia entre las diferentes partes del gobierno. Según esta teoría, la robustez de la revisión judicial ‘débil’ reposa en la existencia de una cultura constitucional desarrollada, es decir, una cultura jurídica y política donde la sociedad, el parlamento y el gobierno se toman en serio la opinión de los jueces, y éstos, a su vez, están atentos a la opinión pública de la sociedad en la que viven.

De la soberanía a la justificación

El paso de una cultura jurídica basada en la soberanía a otra basada en la justificación racional supone, en esencia, una nueva concepción de la autoridad del Derecho. En una cultura de la soberanía, la autoridad jurídica está basada en la autorización para ejercer el poder — es decir, en la satisfacción de los criterios formales de órgano y procedimiento. En

Humanos, definición que los jueces británicos toman como referencia cuando aplican el poder interpretativo que les otorga la sección 3 de la Ley de Derechos de 1998.

²³ Rivers (2002), xx.

este tipo de cultura jurídica, el Derecho constitucional y el Derecho administrativo se centran en determinar la jurisdicción de cada actor público, y en asegurar que las decisiones públicas se toman por quienes están autorizados para ello y según los procedimientos establecidos. En una cultura de la justificación, por el contrario, la autoridad del Derecho no depende únicamente de factores formales o no evaluativos. La satisfacción de los test factuales y la existencia de autorización para actuar se consideran condiciones necesarias, pero no suficientes, para la legalidad y la legitimidad. Junto a los factores formales de órgano y procedimiento, la autoridad del Derecho legítimo depende de la calidad de las razones (o, más exactamente, de la calidad de los razonamientos) que se ofrecen, o pueden llegar a ofrecerse, para justificar la legislación y la acción gubernamental.

Según el argumento principal que voy a seguir en este trabajo, los tres modelos constitucionales que son objeto de estudio (el americano, el europeo y el *commonwealth* o colaborativo) pretenden ser formas institucionales de una cultura de la justificación. El signo más evidente de esta convergencia es la aplicación, en prácticamente todos los sistemas jurídicos democráticos, de una revisión de constitucionalidad (tanto política como judicial) basada en el análisis de proporcionalidad. “El movimiento global hacia la proporcionalidad representa un movimiento global hacia la justificación”²⁴. La principal intención de este trabajo monográfico es destacar los aspectos específicos del modelo colaborativo, incidiendo en tres dimensiones fundamentales: su estructura institucional básica (en la parte primera), su fundamentación teórica (en la segunda, mediante la teoría de la legalidad como razón pública) y *los efectos del modelo en la cultura jurídica y política* de una sociedad democrática (introduciendo en de la metodología judicial de la proporcionalidad, objeto de estudio en la tercera parte, una doctrina de la ‘deferencia debida’ de los tribunales a los poderes electos). En esta última dimensión, mi propósito es hacer ver que el modelo colaborativo trata de fomentar una ‘cultura *democrática* de la justificación’.

Una concepción de la autoridad basada en la soberanía tiende a equiparar el imperio de la Ley (*the rule of law*) con el imperio a través de la Ley (*the rule by law*), es decir, a una visión de la legalidad en la que el parlamento puede actuar sin límites (incluso autorizando al gobierno a actuar arbitrariamente), siempre que respete los requisitos formales relativos a la promulgación de las leyes. Como ha puesto de relieve Murray Hunt, en los sistemas del *common law* la cultura constitucional soberanista ha estado representada tradicionalmente por el “intento diceyano de acomodar los dos tipos de soberanía dentro de una única

²⁴ Cohen-Eliya y Porat (2011), 474.

concepción constitucional”²⁵. En la actualidad, bajo el paradigma de los derechos humanos, dicho intento se refleja en un modelo constitucional de “supremacías en competencia”, en el que lo único que cuenta es cómo definir las fronteras de las respectivas áreas de supremacía, o decidir quién tiene el poder para definir dichas fronteras. La única coordinación posible según este modelo es el reparto de espacios o ‘márgenes’ de discrecionalidad, “zonas exclusivas dentro de las cuales la rama respectiva es el director (*the master*) de todas sus inspecciones y está a salvo de cualquier interferencia por parte de las otras ramas”²⁶.

Mientras en una cultura de la soberanía la separación de poderes se concibe como una delimitación de espacios o márgenes de discrecionalidad, una cultura de la justificación tiende a promover la interdependencia y la colaboración de las instituciones públicas. Desde una autoridad basada en la justificación, el imperio de la Ley representa el dominio de una serie de valores y principios compartidos: los tribunales y las ramas políticas comparten su compromiso *tanto* con la democracia representativa *como* con ciertos derechos, libertades y valores básicos. Frente a la cultura constitucional soberanista, “este enfoque trata de echar raíces en una visión más coherente del constitucionalismo”²⁷, en la que, por un lado, los tribunales intervienen legítimamente en la articulación y promoción de los valores fundamentales, y, por otro, las ramas democráticas y la administración tienen un papel significativo en la definición del alcance de dichos valores. Esta interacción e interdependencia de los poderes del Estado presupone un “esquema de razonamiento más compartido”²⁸ entre la producción legislativa y la interpretación judicial del Derecho.

Dicha confluencia es una de las tesis centrales de la teoría de la legalidad como razón pública — es decir, *la idea de la razón jurídica como prototipo de la razón pública* — la cual se representa como una distorsión legítima del discurso político en un régimen constitucional²⁹. Ahora bien, la legalidad como razón pública lo que busca es una cultura

²⁵ Hunt (2003), 339.

²⁶ *Ibid.* 340.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Prieto Sanchís (2003), 133.

²⁹ Esta idea coincide con la tesis de John Rawls según la cual el razonamiento judicial (en especial, del Tribunal Supremo) debe considerarse como “el paradigma de la razón pública” en una democracia constitucional, véase Rawls (1993), 216. Sin embargo, conviene advertir que la teoría que aquí se presenta no tiene como referente la obra rawlsiana. Rawls elabora su teoría a partir del modelo constitucional americano, que cabe caracterizar por tres elementos: (1) se protegen únicamente un reducido número de derechos civiles y políticos (lo cual se corresponde con el primer principio de justicia de Rawls); (2) se establece una prioridad absoluta de estos derechos respecto a los objetivos políticos de interés general (la ‘prioridad lexicográfica’ del primer principio respecto del segundo en la teoría rawlsiana); y (3) se reconoce la supremacía de los tribunales en materia de derechos (en especial, del Tribunal Supremo), lo cual se refleja en el agudo contraste que establece el liberalismo ‘político’ de Rawls entre los principios y valores políticos (donde se incluirían los derechos constitucionales) y las concepciones comprensivas del bien. Para un estudio monográfico sobre la idea de neutralidad liberal en la obra de Rawls, véase Melero (2010). Por el contrario, la legalidad como razón

democrática de la justificación, donde incluso los criterios de legalidad más básicos sean objeto de un proceso de justificación. Para la legalidad como razón pública, “no hay ningún derecho tan determinado que, como cuestión de hecho o de principio, pueda o deba ser inmune a la determinación a través de un proceso de justificación”³⁰. Según esta concepción, el Estado de Derecho tiene por objeto articular el principio básico de la democracia, según el cual “todas las decisiones respaldadas por la fuerza pública que invocan la autoridad del ‘pueblo’ son legítimas sólo si se puede mostrar que son justificables”³¹. Por otra parte, los criterios de justificabilidad no pueden ser agrupados en categorías de ‘sustancia’ y ‘procedimiento’. En una cultura democrática de la justificación, la determinación del contenido de los criterios sustantivos debe ser siempre, al menos hasta cierto punto, una cuestión de procedimiento correcto; y los criterios de procedimiento se adoptan muy a menudo por razones sustantivas³².

Bajo este enfoque, la revisión judicial no debilita la democracia; al contrario, refuerza la deliberación racional e incrementa la participación de los ciudadanos en la construcción del sistema jurídico. Desde el punto de vista de la legalidad como razón pública, la capacidad para impugnar las disposiciones legislativas y actos administrativos se entiende como una parte importante de la participación de los ciudadanos en la producción de su Derecho. El contexto judicial es, en sí mismo, un foro de discusión en el que la legislación, fruto de por sí de la deliberación democrática, se somete a un proceso disciplinado de justificación pública. El derecho a participar en pie de igualdad en la producción del Derecho encuentra aquí su equivalente ‘retrospectivo’, es decir, después de que las leyes hayan entrado en vigor y se hayan sometido al test de la experiencia. Mediante la revisión judicial de constitucionalidad, los individuos pueden exigir a las autoridades públicas que tomen sus decisiones sobre la base de razones que puedan ser aceptadas

pública parte del modelo colaborativo, en el cual, como veremos, (1) no se presupone una distinción significativa entre los derechos de ‘primera’ y ‘segunda’ generación (lo cual permite hablar de la fuerza expansiva de los derechos constitucionales y de la unidad del Derecho público como elementos que definen el paradigma constitucional de los derechos humanos); (2) las instituciones políticas pueden limitar legítimamente los derechos básicos siempre que lo justifiquen adecuadamente (con lo que la proporcionalidad y la ponderación se configuran como el prototipo de la razón pública); y (3) corresponde a las instituciones políticas, y no a los jueces, la responsabilidad última en la definición y articulación de los derechos humanos (por lo que la revisión judicial se justifica como el instrumento definitivo para exigir dicha responsabilidad, no para proteger los derechos individuales frente a las decisiones mayoritarias).

³⁰ Dyzenhaus (1998a), 36.

³¹ *Ibíd.*, 35.

³² En definitiva, una concepción procesal de la legalidad está basada en una idea de agencia humana (es decir, la idea del agente racional responsable que subyace al ideal de la ciudadanía activa), por lo que no puede evitar depender de una cierta idea de las condiciones sustantivas que hacen posible dicha agencia. Para una elaboración de las condiciones sustantivas que se siguen lógicamente o racionalmente de la idea misma de agencia humana, véase Gewirth (1986).

razonablemente por todas las partes implicadas, y no meramente a partir de la negociación de intereses predeterminados, donde la capacidad persuasiva de los argumentos se basa únicamente en el poder fáctico (económico, político o colectivo) de las partes.

Para la teoría de la legalidad como razón pública, el orden constitucional es un marco disciplinado de justificación pública. La declaración judicial de incompatibilidad de una norma jurídica, incluso aunque tenga que ir seguida de su aplicación al caso, implica de por sí la necesidad de una respuesta por parte del legislativo, o bien justificando mejor su proyecto y las limitaciones que produce en los derechos, o bien alterando dicho proyecto para que quepa en la determinación judicial de los derechos. Según esta concepción, la función de los jueces (lo que los hace insustituibles) es servir de puente para la puesta en práctica de esa “interacción de orientaciones propositivas entre los ciudadanos y el gobierno” que es, en palabras de Lon Fuller, la legalidad³³.

Dos visiones de la cultura de la justificación

En la Europa continental de la segunda gran postguerra, en especial a partir de la Ley Básica alemana de 1949 y de la creación del Tribunal Constitucional alemán, se ha fraguado un modelo de justicia constitucional que, para una influyente corriente de pensamiento jurídico (al que aquí denominaré ‘neoconstitucionalista’), representa la expresión institucional genuina del nuevo paradigma de los derechos humanos. En este trabajo me interesa analizar este modelo como un tipo de cultura de la justificación que coincide en gran medida con el que promueve el modelo *commonwealth* (al menos, tal como se concibe según la legalidad como razón pública), pero del que también le separan importantes diferencias. Con este fin, la tercera parte del monográfico, después de presentar en el Capítulo 6 los aspectos institucionales básicos del modelo europeo, así como las ideas y discusiones más representativas del neoconstitucionalismo, se centra principalmente en comparar los modelos europeo y *commonwealth* como ‘dos visiones’ de una cultura de la justificación (Capítulos 7 y 8).

En mi planteamiento, los modelos europeo y *commonwealth* se caracterizan por tratar de institucionalizar una cultura de la justificación más ambiciosa que la ‘cultura de la neutralidad’ del modelo ‘americano’. Es esta cultura más ambiciosa, el test de proporcionalidad se concibe como “la piedra angular de la jurisprudencia constitucional”,

³³ Fuller (1969), 204.

entendiendo la esencia de la proporcionalidad como “un requerimiento de justificación”³⁴. Por otro lado, los modelos europeo y *commonwealth* operan a partir de una concepción amplia de los derechos en la que no hay una diferencia significativa entre los derechos de ‘primera’ y ‘segunda’ generación. Esto implica que no hay espacios para la no justificación (*‘black holes’*), pues será difícil encontrar una decisión pública que no interfiera de un modo u otro con los valores y principios constitucionales que subyacen a los derechos protegidos. La gravedad de la interferencia determinará, junto con otros factores, la intensidad del escrutinio judicial, pero en todo caso estaremos ante una diferencia de grado en la aplicación del mismo estándar de revisión.

Según Gardbaum, el modelo europeo promueve una cultura de la justificación en la que el test de proporcionalidad está al servicio de la “legitimidad constitucional o el respeto a la autonomía individual”³⁵. Tomando como referencia la posición de Mattias Kumm, el autor afirma que la proporcionalidad europea se concibe como parte de un requisito general de justificación sustantiva u orientada al resultado que configura la “segunda etapa” de la legitimidad constitucional, la cual se añade al compromiso procedimental con la igualdad política y la toma de decisiones por mayoría³⁶. En contraste, el modelo americano fomenta, en opinión de Gardbaum, una “cultura de la democracia” donde la proporcionalidad se usa únicamente para la protección de un reducido número de derechos individuales frente a las decisiones mayoritarias, tratando de promover la “legitimidad democrática de un régimen de derechos constitucionales”³⁷. Para Gardbaum, esta forma de entender la proporcionalidad es “una parte inherente de la concepción contemporánea predominante de los derechos constitucionales, según la cual los derechos no sólo tienen límites (esto es, su fuerza o alcance no es absoluta), sino que son limitables por las instituciones políticas”³⁸. Esta concepción de los derechos presupone, por tanto, que las instituciones políticas tienen “un poder limitado para invalidar derechos judicialmente interpretados”, y que el test de proporcionalidad vendría a establecer “los parámetros de dicho poder”.

A mi juicio, la descripción de Gardbaum nos permite entender la posición intermedia que trata de ocupar el modelo colaborativo o *commonwealth*. En la ‘cultura democrática de la justificación’ que tiende a favorecer este modelo, donde las instituciones políticas tienen la última palabra sobre la interpretación constitucional, la proporcionalidad se integra en la

³⁴ Cohen-Eliya y Porat (2011), 474.

³⁵ Gardbaum (2014), 267.

³⁶ *Ibid.*, 262-263, Kumm (2009), 34-35.

³⁷ Gardbaum (2014), 267.

³⁸ *Ibid.*

revisión judicial tratando de combinar ambas dimensiones de la legitimidad (la constitucional y la democrática). Según el enfoque que voy a defender aquí, el análisis de proporcionalidad del modelo colaborativo forma parte de un requerimiento general de justificación, pero no se configura como una revisión sustantiva o centrada en los resultados, sino como un control procesal por el que los tribunales aseguran “las garantías mínimas de una toma de decisiones ponderada y basada en evidencias”³⁹. Al final de este trabajo (Capítulo 8) analizaré con algo de detalle el control ‘procesal’ de constitucionalidad, tratando de hacer ver que es el que mejor se ajusta a las características de un constitucionalismo colaborativo (lo que no evita que siga provocando una gran discrepancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los países donde opera este tipo de constitucionalismo)⁴⁰.

Además, el modelo *commonwealth* opera con una concepción de los derechos en la que éstos aparecen como restricciones de la acción del Estado (es decir, como límites que la acción colectiva no debe traspasar con sus acciones u omisiones), mientras que en el modelo europeo tales derechos tienden a concebirse como “mandatos de optimización”, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴¹. De ahí que mi estudio comparativo del capítulo 7 se centre sobre todo en las concepciones de la proporcionalidad de ambos modelos: la concepción ‘optimizadora’ y la ‘restrictiva’⁴². La concepción de los derechos como mandatos de optimización exige un determinado análisis de proporcionalidad, el cual “trata principalmente de identificar la optimización del bien común, lo que incluye los derechos como intereses protegidos y otros intereses”⁴³. La doctrina europea de la proporcionalidad no depende de ninguna división específica de poderes; al contrario, presupone una clara distinción entre, por una parte, la cuestión sustantiva acerca de cuándo una limitación de los derechos está justificada y, por otra, la cuestión formal sobre la responsabilidad de cada uno de los poderes del Estado en la realización efectiva de dicha justificación. En el modelo

³⁹ Popelier (2013), 252.

⁴⁰ Usaré el término ‘procesal’ en lugar de ‘procedimental’ para acentuar la idea de que este tipo de control no se limita a revisar el cumplimiento de trámites legislativos formalmente regulados (procedimiento), sino algo más amplio (que incluye, por ejemplo, las consideraciones sustantivas que el legislador o la Constitución establecen como prescriptivas a la hora de legislar un asunto o adoptar una decisión autoritativa). Para la distinción entre proceso y procedimiento con respecto al proceso judicial, véase Montero Aroca (1993), 455ss. Asimismo, en Alemania la doctrina usa la distinción entre proceso interno (proceso) y externo (procedimiento) de legislación, o entre proceso legislativo material (proceso) y formal (procedimiento). Agradezco a Daniel Oliver Lalana el haberme hecho reparar en estas distinciones.

⁴¹ Alexy (2007), 67.

⁴² Adopto aquí la terminología de Rivers (2006).

⁴³ *Ibid.*, 181.

europeo, la proporcionalidad es un enfoque estructurado para ponderar del mejor modo posible los derechos fundamentales con otros derechos e intereses. Presupone un enfoque institucionalmente ‘neutral’, en el sentido de que no incluye ninguna orientación acerca de la relación que han de guardar en dicho análisis los diferentes órganos del Estado.

Desde el enfoque que voy a defender aquí, esta concepción ‘optimizadora’ de la proporcionalidad tiene que ver con el carácter ‘centralizado’ que es consustancial al modelo europeo de justicia constitucional⁴⁴. En efecto, el hecho de que la autoridad última en materia constitucional se atribuya a un único tribunal relativamente separado, no sólo de las instituciones políticas, sino también de la jurisdicción ordinaria, contribuye a mantener la “relativa autonomía de la jurisprudencia constitucional”⁴⁵. De este modo, la doctrina de los jueces constitucionales europeos se elabora por definición desde un punto de vista institucionalmente neutral, es decir, un punto de vista que no se identifica ni con la perspectiva del legislador ni con la de los jueces ordinarios (incluido el tribunal supremo). La posición institucional de los tribunales constitucionales les permite resolver las cuestiones a propósito de los derechos fundamentales desde un punto de vista ‘lógico’ o ‘racional’. La concepción europea de la proporcionalidad parece pensada para ayudar la labor de un genuino ‘legislador constitucional’, relativamente independiente del discurso puramente político, pero también relativamente separado del punto de vista estrictamente jurisdiccional.

En el modelo *commonwealth*, por el contrario, el hecho de que los legisladores y jueces compartan la misma ‘lógica’ de la proporcionalidad, no impide que cada uno colabore en la protección de los derechos *tratando de respetar los límites de su papel dentro del marco constitucional*. La interpretación de los derechos humanos se concibe en este modelo como el producto de una especie de intercambio o ‘diálogo’ entre legisladores, funcionarios y jueces, interviniendo cada uno desde su propia competencia, capacidad y legitimidad. Esto implica un tipo de revisión de constitucionalidad estrictamente judicial, donde la responsabilidad principal en la articulación y protección de los derechos corresponde a los poderes electos. Como defenderé en el Capítulo 8, este tipo de revisión judicial se caracteriza por dos notas fundamentales: por una parte, como ya he señalado, se trata de *una revisión orientada al proceso*, es decir, centrada en averiguar si la justificación aportada por el decisor principal muestra que la disposición impugnada puede considerarse justificable o razonable; y, en segundo lugar, la proporcionalidad se concibe indisolublemente ligada a

⁴⁴ Para una defensa de este modelo europeo centralizado, véase Ferreres (2011).

⁴⁵ *Ibíd.*, 86.

una doctrina de la deferencia debida en la que se analiza cuáles son y, sobre todo, cómo deben concebirse los diversos factores que, en el contexto de cada caso, han de tener en cuenta los tribunales para medir la intensidad de su interferencia en las decisiones de los poderes electos.

PARTE I

INSTITUCIONES

1.

Definición y formas del modelo

El propósito de esta primera parte es ofrecer una exposición detallada de los aspectos institucionales del modelo colaborativo. Consta de dos capítulos. En éste primero se presenta, por una parte, una posible definición de este tipo de revisión de constitucionalidad, tomando como referencia la conocida metáfora del diálogo, y, por otra, una somera descripción de los diferentes diseños institucionales que pueden englobarse dentro del modelo. En el siguiente capítulo se analizará la estructura institucional básica que subyace a tales desarrollos específicos.

A. Diálogo, interdependencia y coordinación deliberativa

El modelo colaborativo de constitucionalismo trata de establecer la interpretación y protección de los derechos fundamentales como un proyecto común de los tres poderes del Estado. El modelo parte de una interpretación interactiva de la división de poderes, sin límites estrictos entre la producción y la aplicación del Derecho. A través de diversos mecanismos institucionales, el modelo colaborativo configura lo que se ha venido a llamar una ‘revisión judicial dialógica’. Kent Roach define este tipo de revisión como “cualquier diseño constitucional que permita al legislador democrático, mediante legislación ordinaria, limitar o anular [*override*] los derechos, tal y como éstos aparecen en una declaración formal [*a bill of rights*] y según su interpretación judicial”¹. Peter Hogg y Allison Bushell, autores de uno de los artículos más conocidos sobre este tipo de esquema constitucional, afirma que “donde una decisión judicial está abierta a la revocación, modificación o descarte por parte del legislativo, entonces tiene sentido considerar la relación entre el tribunal supremo y el cuerpo legislativo competente como un diálogo”².

¹ Roach (2007), 594.

² Hogg y Bushell (1997), 79.

La metáfora del ‘diálogo’ tiene la virtud de poner de relieve un punto esencial en el modelo: la cuestión sobre quién tiene la autoridad final en la interpretación de los valores constitucionales, el parlamento o la judicatura, es una distracción de lo que debería ser el asunto central: articular una cultura jurídica en la que todos los ejercicios del poder reciben una justificación pública adecuada en la medida en que afectan a los derechos, intereses o valores fundamentales. Si planteamos la cuestión en torno a quién está mejor situado para interpretar los derechos humanos, perdemos de vista el asunto principal. Lo importante no es cómo interpretar mejor u optimizar los derechos, sino cuál es el proceso más adecuado para asegurar que las limitaciones de los derechos se justifican apropiadamente. En el modelo colaborativo, el gobierno y el parlamento son los principales responsables de proteger legalmente los derechos y libertades básicas. Sin embargo, si dicha legislación se impugna apelando a los derechos fundamentales, los tribunales tienen el poder de determinar el significado de tal legislación en el proceso de aplicación, y de corregir, en su caso, la violación de los derechos, mediante la inaplicación, la interpretación ‘correctiva’ o la declaración de incompatibilidad de la legislación impugnada. Esto significa que, en el modelo colaborativo, la tarea de los jueces no se limita a aplicar sumisamente la voluntad del legislador. Dentro de los límites propios de la función judicial, ligada necesariamente a los casos particulares y a los términos de la legislación promulgada por el parlamento, los tribunales tienen el “poder constitucional”³ de mantener la legislación compatible con los derechos protegidos. Esta importante función implica a veces modificar la voluntad del legislador, impidiendo la persecución de ciertos proyectos políticos, o al menos obligándole a perseguirlos de forma distinta a como hubiera deseado.

Como trataré de demostrar en este trabajo, los principales modelos de revisión judicial que operan bajo el actual paradigma constitucionalista tratan de institucionalizar de un modo u otro este tipo de cultura jurídica — es decir, una cultura de la justificación. La especificidad del modelo *commonwealth* o colaborativo radica en su pretensión de favorecer “una nueva asociación entre tribunales y legisladores”⁴. En este sentido, el modelo incluye “un mecanismo institucionalizado de *feed-back*”⁵ por el cual los legisladores pueden poner de manifiesto su discrepancia con la interpretación judicial de los derechos y mantener su propia interpretación. En sus diferentes versiones, este mecanismo permite el ajuste o corrección recíproca entre tribunales y legisladores, pero reservando la última palabra a los

³ Kavanagh (2009), 280, 407.

⁴ Weiler (1984), 84.

⁵ Bayón (2007), 68.

poderes electos y, en definitiva, al electorado. De ahí que, frente a los otros modelos del paradigma constitucionalista, el modelo colaborativo represente una “cultura *democrática* de la justificación”. Igualmente, como ya señalé en la introducción, y veremos con detalle en la tercera parte de este trabajo, el componente democrático del modelo se manifiesta en el enfoque procesal de la revisión judicial de constitucionalidad, así como en su concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad, que incluye una doctrina de la deferencia debida de los tribunales hacia los poderes electos.

No obstante, la metáfora del ‘diálogo’ o ‘conversación constitucional’ tiene también sus límites. Las definiciones que hemos visto de Roach, Hogg y Bushell pueden dar la impresión de que el carácter específico del modelo colaborativo se reduce a quitar a los tribunales la última palabra en materia de derechos, para dársela a los poderes políticos representativos. Esta interpretación del modelo es la que favorecen, entre otros⁶, algunos autores del constitucionalismo político. Según esta concepción, la colaboración entre los tres poderes del Estado consiste en una conversación en la que los tribunales y los poderes electos están igualmente autorizados para actuar según su propia interpretación de la Constitución. Los tribunales pueden sugerir una determinada interpretación de los derechos, pero los legislativos siempre pueden desoír esa opinión y seguir la suya propia. De hecho, según esta visión, cuando el parlamento tiende a obedecer la interpretación judicial de los derechos, la colaboración desemboca en un monólogo judicial, con los mismos problemas que el modelo de supremacía judicial⁷.

Según la visión que voy a defender aquí, esta comprensión de la colaboración institucional pierde de vista la fuerte interdependencia que promueve el modelo entre el parlamento y los tribunales. Por una parte, el tribunal supremo, como última instancia judicial, define el significado de las leyes y de los derechos constitucionales, así como la compatibilidad entre ambos. Esto implica que, en cuestiones de valores y derechos, el parlamento y el gobierno deben respetar las determinaciones judiciales, aunque el modelo les permita pronunciar la última palabra⁸. Sin embargo, por otra parte, el tribunal debe

⁶ La colaboración entendida como coordinación de autoridades interpretativas independientes fue expuesta por primera vez por Thomas Jefferson y James Madison, véase Roach (2001), 241-243, y puede encontrarse en “ciertas versiones del departamentalismo (cada rama del gobierno es el intérprete final de sus propios poderes) y el constitucionalismo popular (el pueblo es el intérprete final del significado constitucional)” Gardbaum (2013), 29.

⁷ Tushnet (2000), Campbell (2001), Manfredi (2001).

⁸ Como veremos, esta posibilidad de respuesta final del gobierno y el parlamento apenas se usa en ninguna de las versiones del modelo. En Canadá, la cláusula ‘*notwithstanding*’ está prevista únicamente como último recurso para revocar aquellas sentencias del tribunal supremo que provocan un gran rechazo en la opinión pública. En Nueva Zelanda y el Reino Unido, las ‘declaraciones de incompatibilidad’ suelen provocar una enmienda de la legislación por parte del parlamento siguiendo el criterio sugerido por los tribunales.

respetar las limitaciones legales de los derechos que el gobierno justifica adecuadamente, aunque no se ajusten a lo que, en su opinión, requeriría la protección óptima de los derechos. Esta interacción institucional, basada en el respeto y el aprendizaje mutuos, es la base del modelo colaborativo tal y como lo vamos a defender aquí. Alexander Bickel, uno de los primeros promotores de este tipo de constitucionalismo, calificó la interacción entre los tribunales y el parlamento como una “conversación educativa permanentemente renovada”⁹.

Además, la metáfora del diálogo no tiene en cuenta suficientemente la calidad de las deliberaciones que se realizan en ambos foros. El objetivo del modelo colaborativo, tal como lo voy a presentar aquí, no es sólo garantizar la interacción entre los distintos poderes del Estado, sino también aumentar la calidad deliberativa del proceso democrático, asegurando una justificación adecuada de las limitaciones de los derechos. En este sentido, la principal función de la revisión judicial de constitucionalidad es exigir a las instituciones políticas que justifiquen sus decisiones sobre derechos fundamentales de un modo deliberativo. Esta forma de justificar decisiones públicas contrasta con la mera negociación de intereses predeterminados, donde la capacidad persuasiva de los argumentos se basa en el poder fáctico (ya sea económico, político o colectivo) de las partes. La justificación deliberativa, en cambio, se caracteriza por invocar razones o principios que todos los afectados por la decisión pueden razonablemente aceptar, dejando abierta la posibilidad de cambiar la solución elegida ante la solidez de los argumentos racionales en su contra¹⁰. Por tanto, un modelo que busca la colaboración entre instituciones, al mismo tiempo que promueve el compromiso de los poderes electos en la definición y articulación de los derechos protegidos, debe tratar de aprovechar el potencial de los tribunales en el afianzamiento de una democracia deliberativa. En definitiva, la intervención de los tribunales puede mejorar la calidad de la democracia orientando la toma de decisiones públicas hacia una deliberación basada en valores y principios. Como ha señalado Sandra Fredman, “cuando los derechos humanos están en juego, los tribunales deben aumentar la participación democrática alejando la toma de decisiones de la negociación de intereses y orientándola hacia la deliberación basada en valores o, por supuesto, operando como un foro de deliberación”¹¹.

⁹ Bickel (1975), 111.

¹⁰ Para la distinción entre la forma estratégica (basada en intereses) y la forma deliberativa (basada en valores) de coordinación social, véase Habermas (1998), 79-80, 148-149, 207-208.

¹¹ Fredman (2015), 451.

B. Formas institucionales

a) *The Canadian Bill of Rights* (1960)

La primera forma institucional del modelo, que ha servido de constante punto de referencia para el desarrollo de las restantes, es la *Bill of Rights* canadiense de 1960 (todavía vigente)¹². Se trata de una declaración legal sin estatus constitucional que sólo afecta al Parlamento federal y no a las provincias. En su sección 1 reconoce la existencia, “sin discriminación por razón de raza, origen nacional, color, religión o sexo”, de un limitado número de derechos: “el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personales, así como al disfrute de la propiedad y el derecho a no ser privado de la misma salvo mediante el debido proceso legal”, “el derecho a la igualdad ante la ley y a la protección de la ley”, así como las libertades de religión, expresión, reunión y asociación y la libertad de prensa.

En su sección 2, la Carta canadiense de 1960 establece un mecanismo de protección de derechos basado en la interpretación de los jueces: “toda ley de Canadá se construirá y aplicará de modo que no se anule, reduzca o infrinja [...] ninguno de los derechos y libertades aquí reconocidos y declarados”. Al mismo tiempo, este mecanismo viene condicionado por la facultad del legislativo para restringir o anular los derechos protegidos, según la definición judicial de los mismos, mediante la expresión clara de dicha intención: “a menos que una ley del Parlamento de Canadá declare expresamente que entrará en vigor no obstante [*shall operate notwithstanding*] la Carta de Derechos canadiense”.

Pero la Carta no ofrece ninguna indicación sobre la capacidad judicial para inaplicar las leyes que, sin una expresa declaración parlamentaria, no sean susceptibles de una interpretación conforme. Diez años después de su promulgación, en el caso *Drybones*, el Tribunal Supremo de Canadá entendió, sin embargo, que estaba autorizado para declarar ‘inaplicable’ (“*inoperative*”) cualquier ley que, en ausencia de una expresa cláusula *notwithstanding*, resultara inconsistente con algún derecho protegido¹³. Como se ha puesto de relieve, la lógica que siguió el Tribunal tomó como presupuesto la ‘cláusula *notwithstanding*’: “si el Parlamento podía declarar que una ley inconsistente era ‘aplicable’ no obstante dicha inconsistencia, entonces cabía inferir que las disposiciones inconsistentes

¹² S.C. 1960, c. 44.

¹³ *R. v. Drybones* [1970] S.C.R. 282.

sin dicha declaración tenían por objeto no ser aplicables nunca”¹⁴. Sin embargo, lo cierto es que *Drybones* no deja de ser una excepción a la regla general de sumisión judicial hacia el legislativo. En este sentido, es casi unánime la idea de que la Carta de 1960 resultó inefectiva porque los jueces tendieron a interpretar su poder desde la perspectiva de la soberanía parlamentaria, limitando el alcance y la efectividad de los derechos protegidos. La mayoría de los jueces adoptaron la llamada ‘teoría de los conceptos congelados’, la cual interpretaba la Carta “como una mera codificación de los derechos existentes (en su mayoría del *common law*) de los ciudadanos tal y como estaban en 1960, sin crear ningún derecho nuevo”¹⁵. Esta teoría inmunizaba toda la legislación previa a la carta, y ofrecía una interpretación muy estrecha del alcance de los derechos cuando tenían que ser ponderados frente a leyes y actos ejecutivos subsecuentes. En cualquier caso, lo cierto es que la presencia del principio de soberanía parlamentaria tenía que relajarse todavía mucho para permitir un modelo realmente colaborativo. La Carta de 1960 sólo prevé una respuesta no deliberativa ante la definición judicial de los derechos. Es decir, no exige al legislativo que justifique sus proyectos cuando suponen alguna desviación de los principios y derechos constitucionales, tal y como éstos han sido definidos por los jueces.

No obstante, desde 1982, el Tribunal Supremo canadiense ha declarado en numerosas ocasiones que las declaraciones formales sin rango constitucional de derechos humanos que existen en Canadá disfrutan de un estatus especial que permite a los tribunales ‘dejar sin efecto’ o ‘no aplicar’ las disposiciones legales inconsistentes con ellas¹⁶. De todas formas, la claridad con que se afirma la primacía constitucional en Canadá eclipsa el impacto de la legislación ordinaria de derechos humanos. “La primacía es un rasgo característico del paisaje legal canadiense”¹⁷.

Por otra parte, la sección 3 establece expresamente el control político de constitucionalidad, exigiendo al Ministro de Justicia examinar todos los proyectos de ley introducidos en el Parlamento e informar de cualquier inconsistencia con los derechos protegidos que aparezca en tales proyectos. Esta primera versión del modelo tendrá, como veremos, una gran influencia posterior en la confección de las cartas de Nueva Zelanda y el Reino Unido.

¹⁴ Rishworth (2004), 240.

¹⁵ Gardbaum (2013), 99.

¹⁶ Rishworth (2004), 255. En la actualidad, todas las provincias de Canadá tienen su propia declaración de derechos básicos mediante leyes ordinarias. Ontario fue la primera provincia que consolidó su primera legislación sobre derechos humanos con el *Human Rights Code* (1962).

¹⁷ *Ibid.*, 257.

b) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982)

El siguiente gran desarrollo del modelo es la Ley Constitucional (*Canada Act*) de 1982, cuya Parte Primera es la Carta de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, conocido como *the Charter*)¹⁸. Tradicionalmente, los legislativos federal y provinciales de Canadá habían ejercido la misma soberanía parlamentaria que el Parlamento de Westminster. El orden constitucional de la *British North America Act* de 1867 establecía únicamente la distribución del poder legislativo entre los Parlamentos federal y provinciales, sin que los tribunales tuvieran autoridad para inaplicar ninguna disposición legislativa salvo por razones basadas en dicho esquema federal procedimental¹⁹.

La Carta de 1982 (*the Charter*) contiene un conjunto amplio de derechos civiles y políticos. La sección 2 incluye las “libertades fundamentales” de conciencia, religión, pensamiento, expresión, asociación y reunión; la sección 3 el derecho al voto de todo ciudadano; la sección 6 el derecho a entrar, permanecer y salir del país (“*mobility rights*”); las secciones 7-14 los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas (“*legal rights*”); la sección 15 el derecho a igual protección y no discriminación (“*equality rights*”); y las secciones 16-22 y 23 una serie de derechos lingüísticos (“*Official Languages of Canada*” y “*Minority Language Educational Rights*”, respectivamente). Es reseñable la ausencia de toda mención a los derechos de propiedad²⁰ y los derechos sociales. No obstante, el Parlamento federal aprobó en 1977 la *Canadian Human Rights Act* con objeto de, “dentro de la esfera de las cuestiones que están bajo la autoridad del Parlamento”, ofrecer a todos los individuos igualdad de oportunidades “para hacer por sí mismos las vidas que desean y son capaces de tener, así como ver satisfechas sus necesidades” sin sufrir discriminación por razón de raza, etnia, color, religión, edad, sexo, orientación sexual, estatus familiar o discapacidad (sec. 2). Además, dicho documento crea la *Canadian Human*

¹⁸ Según la sección 52(2), el bloque constitucional canadiense incluye, además de esta ley, su correspondiente aprobación en el Parlamento británico (*the Canada Act* de 1982), todas las leyes y decretos incluidos en su disposición adicional (incluida la Ley Constitucional de 1867, *the British North America Act*), así como todas las enmiendas de dichos documentos.

¹⁹ Como señala Peter Hogg, la única cuestión constitucional era “qué jurisdicción [federal o provincial] debía tener el poder para hacer la injusticia, no si la injusticia debía ser completamente prohibida”, Hogg (2007), 429.

²⁰ La sección 7 de la Carta canadiense incluye la cláusula del proceso debido, al establecer el derecho a no ser privado del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona “salvo de conformidad con los principios de la justicia fundamental”. La exclusión del derecho de propiedad de dicha sección se debió principalmente al deseo de inmunizar la Carta contra los problemas que ocasionó la ‘era *Lochner*’ (1897-1937) en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos de América. En la sentencia *Lochner v. New York* [1905] 198 U.S. 45, así como en otras muchas de aquel período, el Tribunal Supremo estadounidense se valió de la cláusula del proceso debido para invalidar las medidas redistributivas del Gobierno e imponer las preferencias libertarias de los jueces en materia de legislación socioeconómica. Véase Choudri (2004), 15ss.

Rights Commission con el encargo, entre otras funciones, de recibir y resolver las quejas de individuos y grupos en relación a prácticas discriminatorias, y de incluir en sus informes anuales al Parlamento las recomendaciones y peticiones que considere oportunas a relación a los derechos básicos (sec. 27(1))²¹.

Todos los derechos protegidos en la Carta constitucional están sujetos a *la cláusula general de limitación de la sección 1*, por la cual tales derechos pueden quedar recortados mediante “aquellas limitaciones razonables prescritas por ley que puedan justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática”. A diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (o del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos), la Carta canadiense no intenta prescribir o restringir las razones que los gobiernos electos pueden usar para motivar las limitaciones, ni presupone que haya algunos derechos no susceptibles de restricciones legales.

En virtud de la sección 52 (1), la Carta de Derechos y Libertades forma parte de la ley suprema de Canadá, por lo que cualquier ley inconsistente ella se considera sin efecto²². Además, la sección 32 establece que la Carta es de aplicación a los Parlamentos y Gobiernos, tanto de Canadá como de las provincias. Por último, la enmienda constitucional se regula en las secciones 38-49, exigiendo la aprobación de las dos cámaras parlamentarias y de al menos dos tercios de las provincias que contengan un mínimo del 50 por ciento de la población total. Aunque no establece en ningún sitio el poder de los jueces para anular leyes

²¹ Por otra parte, aunque los derechos sociales no forman parte de su Constitución, el Tribunal Supremo de Canadá ha afirmado que los valores de la Carta de 1982 “fomentan” el establecimiento de recursos para “mitigar la posición desventajada de las personas”, aunque tales medidas no vengan exigidas expresamente en su articulado (*Schachter v Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, 702). Además, en *Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573, en donde se discutió la protección del derecho a la huelga de un sindicato, el Tribunal estableció que la sección 52 de la Carta exige interpretar y desarrollar (también modificar y extender) *el common law* que rige las relaciones privadas a la luz de los valores que subyacen a la Carta. No obstante, dicha sentencia redujo enormemente la aplicación judicial de los derechos sociales al denegar la revisión judicial a aquellos casos en los que no se recurre directamente una acción del Estado. Posteriormente, en *Elbridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 (servicios sanitarios), *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493 (derechos de los homosexuales) y *Dunmore v. Ontario (Attorney General)* [2001] 3 SCR 1016 (relaciones laborales), el Tribunal afirmó que el deber de no discriminación (sec. 15) implica que, una vez que el Estado decide intervenir en un campo ofreciendo algún tipo de servicios sociales, debe proveer de todos los servicios de ese tipo, pues no hacerlo así equivaldría a una forma prohibida de discriminación. A este respecto, véase Tushnet (2008), 199-211. Por otro lado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la interpretación de la Carta debe hacerse de acuerdo con los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Canadá. En este sentido, Canadá es desde 1976 un Estado parte del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Para un estudio del marco constitucional que ofrecen las secciones 1 (cláusula general de limitación de derechos), 7 (los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personales) y 15 (el derecho a la igualdad protección y al igual beneficio de la ley) para la protección efectiva del derecho a un nivel de vida adecuado (incluyendo alimentación, vestido y vivienda), véase Jackman y Porter (2014). Por último, en Canadá existe, desde

²² La sección 52(1) afirma: “La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones constitucionales quedará, en la medida de su inconsistencia, sin fuerza ni efecto”.

inconsistentes con la Carta, así se puede deducir de la sección 52 en su conexión con la sección 24(1)²³, y el Tribunal Supremo ha actuado en consecuencia desde la promulgación misma de la Carta. Esto ha traído consigo una nueva forma de actuar del Tribunal, que hasta entonces se limitaba a la tarea de resolver las cuestiones de competencia entre los legislativos federal y provinciales. Las secciones 24 y 52 han permitido también una amplia gama de reparaciones judiciales en los casos de violación de derechos. Dichas reparaciones incluyen tanto la revocación de las disposiciones contrarias a la Constitución, como su modificación mediante la inclusión (*reading in*) o exclusión (*reading out*) de palabras o proposiciones.

Además de la mencionada cláusula general de limitación de los derechos de la sección 1, la Carta trata de impedir la supremacía judicial en la definición y articulación de los derechos mediante el poder revocatorio de los legislativos respecto a las decisiones judiciales en materia constitucional. Este poder viene establecido en la sección 33:

El Parlamento o el legislativo de una provincia pueden declarar expresamente en una Ley del Parlamento o del legislativo, según el caso, que la Ley o una disposición de la misma tendrán vigencia no obstante [*notwithstanding*] las disposiciones incluidas en la sección 2 [libertades fundamentales] o las secciones 7 a 15 de esta Carta.

Se excluye, pues, de su alcance los derechos democráticos (sec. 3 a 5), los derechos de movilidad (sec. 6) y los derechos lingüísticos (sec. 16 a 23), que sólo pueden ser limitados a través de la sección 1. Además, las cláusulas *non obstante* dejan de tener vigencia cinco años después de entrar en vigor, aunque pueden volver a ser promulgadas indefinidamente.

La sección 33, procedente de la pionera Carta de 1960, se suele considerar como el rasgo distintivo de la versión canadiense del modelo. Según Michael Perry, “representa una imaginativa forma de acomodar simultáneamente el argumento de dar poder a los jueces para proteger los derechos humanos y el argumento [del déficit] democrático”²⁴. Sin embargo, para entender adecuadamente este instrumento jurídico, conviene tener presente las indicaciones de Paul Weiler, uno de sus arquitectos. Para Weiler, la sección 33 debe enmarcarse dentro de “una nueva asociación entre los tribunales y los legislativos”:

Bajo este enfoque los jueces estarán en la primera línea; ellos poseerán tanto la responsabilidad como la fuerza jurídica necesaria para afrontar las cuestiones de ‘derechos’

²³ La sección 24(1) afirma: “Cualquiera cuyos derechos o libertades, tal como quedan garantizados en esta Carta, hayan sido infringidos o negados puede recurrir al tribunal de justicia competente para obtener la resolución que el tribunal considere apropiada y justa en las circunstancias”.

²⁴ M. Perry (2003), 667.

tal y como éstos surgen regularmente. Al mismo tiempo, sin embargo, la Carta reserva al legislativo la última palabra para usarla con moderación en los casos excepcionales en los que la judicatura actúa de manera inadecuada. Esta división institucional del trabajo presupone que la principal amenaza para los derechos en Canadá proviene de la inconsciencia legislativa sobre las intrusiones particulares, un defecto que puede curarse aireando a fondo las cuestiones de principio en un foro judicial. La Carta no contempla un serio peligro de opresión absoluta por parte del legislativo; ciertamente, no lo suficiente como para conceder la última autoridad a los jueces y abogados canadienses.²⁵

Esto quiere decir, a mi juicio, que la sección 33 debe enmarcarse dentro de la conversación constitucional que establece la sección 1. En dicho marco, las instituciones políticas tienen la obligación de justificar las intrusiones particulares que sus medidas producen en los derechos, tomando como referencia las determinaciones judiciales de la norma constitucional; pero, al mismo tiempo, los jueces deben deferir a la interpretación que ofrecen las instituciones políticas respecto de los derechos cuando dichas instituciones ofrecen una justificación adecuada de las limitaciones producidas. Sólo en aquellos casos excepcionales en los que los tribunales actúan de un modo manifiestamente contrario a la opinión pública, el legislativo puede usar la cláusula *non obstante* para responder con celeridad a la opinión judicial.

Por último, la versión canadiense establecida en la Carta de 1982 incluye también otro rasgo característico del modelo colaborativo: el control ‘político’ de constitucionalidad. Aunque la propia Carta no establece expresamente la obligación de examinar los proyectos de ley y documentar las posibles inconsistencias, una enmienda de la Ley del Ministerio de Justicia estableció dicho control²⁶. Así, en dicha ley se establece la obligación del Ministro de Justicia de examinar todos los proyectos de ley introducidos en el Parlamento a efectos de determinar si algunas de las disposiciones son inconsistentes “con los propósitos y disposiciones de la Carta canadiense de Derechos y Libertades”, teniendo que informar a la Cámara de los Comunes sobre tales inconsistencias²⁷. Como veremos más adelante, la revisión judicial de constitucionalidad que establece la Carta ha provocado una reorganización dentro del Gobierno de forma que este pueda responder proactivamente a dicho control, mediante una revisión política de todos los proyectos de ley dirigida por el Ministro de Justicia/Fiscal General.

²⁵ Weiler (1984), 84.

²⁶ *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2.

²⁷ Sección 4.1(1).

c) *The New Zealand Bill of Rights Act (1990)*

Esta ley establece una segunda versión del modelo, que sigue de cerca la Carta canadiense de 1960. Se trata de una norma sin estatus formal jurídico superior a las leyes ordinarias, pero puede considerarse una las normas constitucionales del ordenamiento neozelandés²⁸. La sección 1 declara un reducido grupo de derechos civiles y políticos derivado selectivamente del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. La sección 5 establece una cláusula general de limitación que reproduce casi literalmente los términos establecidos en la sección 1 de la Carta canadiense de 1982²⁹.

Como tal, la Carta neozelandesa no es superior al resto de la legislación y, formalmente, puede ser objeto de enmienda o revocación por un proceso legislativo ordinario³⁰. Además, aunque la Carta es aplicable a las leyes del Parlamento (sección 3(a)), la sección 4 establece expresamente que los tribunales no tienen el poder para invalidar, inaplicar o considerar sin efecto la legislación inconsistente con los derechos protegidos, independientemente de cuándo haya sido promulgada dicha legislación³¹. Esta prohibición condiciona la aplicación de la cláusula general de limitación de la sección 5. Esto significa que, a diferencia de la Carta canadiense, los límites no razonables de los derechos deben ser aplicados por los tribunales. Por otra parte, el hecho de que la Carta no invalide la legislación anterior incompatible con ella implica que se rechaza explícitamente la regla habitual de considerar como tácitamente derogadas las leyes anteriores que sean inconsistentes con la legislación posterior. En este sentido, como ha señalado Paul Rishworth, la protección legal de los derechos que ofrece la Carta neozelandesa es incluso menor que la de una ley ordinaria, puesto que la sección 4 “emplea todos los medios para

²⁸ La Constitución de Nueva Zelanda, igual que la del Reino Unido, no se funda en un solo documento, sino que tiene distintas fuentes, incluyendo ciertas leyes sobresalientes, el *common law* derivado de las decisiones judiciales y las prácticas constitucionales llamadas ‘convenciones’. Entre las leyes de contenido constitucional están, aparte de la Carta de derechos, la legislación relativa a los poderes y funciones de las tres ramas del Gobierno, en especial *the Constitution Act 1986*, *the State Sector Act 1988*, *the Electoral Act 1993*, *the Judicature Act 1908* y *the Supreme Court Act 2003*. Recientemente, se suele considerar también el Tratado de *Waitangi* de 1840 como una norma constitucional.

²⁹ Sección 5: “Teniendo en cuenta lo establecido en la sección 4, los derechos y libertades contenidos en esta Carta de Derechos pueden quedar sujetos únicamente a aquellos límites razonables prescritos por ley que puedan justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática”.

³⁰ La propuesta gubernamental de 1985 de promulgar una carta constitucional similar a la canadiense de 1982 encontró una enorme oposición. Véase Rishworth (2004), 254-256.

³¹ Sección 4: “Ningún tribunal podrá, en relación a cualquier ley (promulgada o hecha antes o después de la aprobación de esta Carta de Derechos), (a) afirmar que una disposición de dicha ley ha de considerarse implícitamente derogada o revocada, o inválida o inefectiva; o (b) declinar la aplicación de cualquier disposición de la ley, por la única razón de que la disposición es inconsistente con cualquier disposición de esta Carta”.

impedir cualquier técnica judicial que pueda elevar la Carta de Derechos sobre el resto de la legislación”³².

A pesar de ello, la Carta neozelandesa tiene un estatus especial dentro del ordenamiento, puesto que establece *una revisión judicial ‘interpretativa’* de las leyes. Este tipo de revisión sirvió de ejemplo para las subsecuentes versiones del modelo en el Reino Unido y Australia. La sección 6 de la Carta de Derechos establece un deber/poder interpretativo judicial extraordinario en los siguientes términos: “siempre que pueda darse a una ley un significado consistente con los derechos y libertades contenidos en esta Carta de Derechos, se preferirá dicho significado a cualquier otro”. Conforme a esta sección, la Carta neozelandesa funciona como una ‘ley marco’ que, a pesar de tener el estatus de una ley ordinaria, determina cómo se debe interpretar toda la producción legislativa³³. Bajo esta ley marco, una disposición legal podrá imponerse sobre los derechos protegidos de la Carta, pero sólo después de que los jueces hayan intentado, hasta donde sea posible, producir alguna interpretación mínimamente aceptable de tal disposición que sea consistente con tales derechos. Este esquema ‘interpretativo’ de protección de derechos fuerza al ejecutivo y a los legislativos a asumir el coste político que acarrea plausiblemente promulgar una ley que (según el Tribunal Supremo) viola clara y explícitamente los derechos protegidos. En caso de que la disposición legal no produzca ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos, los jueces no tienen poder para no aplicarla. Sin embargo, dado que no existe una forma mecánica de determinar cuándo ‘se puede’ ofrecer una interpretación consistente con los derechos básicos, existe un factor subjetivo irreductible a la hora de elegir entre la sección 6 o la sección 4. Como ha señalado Paul Rishworth, aunque los jueces no puedan formalmente invalidar una disposición legal inconsistente con los derechos, resulta innegable su poder para ‘indicar’ o ‘declarar’ la inconsistencia de las leyes, puesto que dicho poder es inherente a la estructura de la Carta neozelandesa.³⁴

La parte dedicada a los derechos protegidos lleva el título general de “Derechos civiles y políticos”, en consonancia con el compromiso que el Preámbulo de la Carta declara con el Pacto Internacional de las Naciones Unidas. Tales derechos se subdividen en las siguientes categorías: “vida y seguridad de las personas” (secciones 8 a 11); “derechos democráticos y civiles” (secciones 12-18), que incluyen los derechos electorales y las libertades fundamentales; “no-discriminación y derechos de las minorías” (secciones 19 y

³² Rishworth (2004), 258-259.

³³ Gardbaum (2001), 728.

³⁴ “El proceso mismo de determinar que uno está obligado, bajo la sección 4, a aplicar una disposición inconsistente es de por sí una declaración de la inconsistencia de dicha disposición”, Rishworth (2004), 266.

20); y “registros, arrestos e incautaciones” (secciones 21-27). No existe un derecho general a la libertad o seguridad personales, como ocurre en la sección 7 de la Carta canadiense de 1982 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino únicamente el derecho a no ser arbitrariamente arrestado o detenido. Tampoco aparece el derecho a la propiedad ni ninguno de los derechos económicos, sociales y culturales³⁵.

Por último, la sección 7 establece otro de los elementos básicos del modelo: el control político de constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación. En dicha sección se requiere al Fiscal General realizar sobre cada proyecto de ley que introduzca en el Parlamento un informe en donde deje constancia de aquellos aspectos que considere inconsistentes con cualquiera de los derechos protegidos³⁶. Para ello, según el *Cabinet Manual 2008*, el Ministerio de Justicia debe examinar la consistencia de todos los proyectos de ley con la Carta de Derechos (excepto los del propio Ministerio, que deben ser examinados por la *Crown Law Office*) y asesorar al Fiscal General³⁷. Junto a la revisión del Fiscal, los Ministros deben confirmar que los proyectos que presentan satisfacen ciertos principios jurídicos u obligaciones, teniendo que informar de cualquier aspecto de un proyecto que tenga implicaciones o afecte, entre otros principios, a los derechos contenidos en la Carta³⁸. Por último, como veremos con más detalle al analizar la estructura básica del modelo, el Gobierno publicó en 2004 unas directrices generales para ayudar a los distintos agentes del sector público a integrar las consideraciones sobre derechos humanos en su toma de decisiones³⁹.

³⁵ No obstante, la protección y promoción de los derechos sociales se ha desarrollado en Nueva Zelanda a través de la *Human Rights Commission*, la cual trabaja especialmente a favor de la igualdad de oportunidades en materia de asistencia sanitaria, educación, trabajo y un nivel de vida adecuado. Esta Comisión fue creada en 1977 como complemento a la ratificación de los pactos internacionales de derechos de las Naciones Unidas, y hoy en día se rige por la *Human Rights Act 1993*, que define como sus principales funciones “defender y promover el respeto, la comprensión y la valoración de los derechos humanos en la sociedad neozelandesa”, así como “fomentar el mantenimiento y desarrollo de relaciones armoniosas entre los individuos y entre los diversos grupos de la sociedad neozelandesa”. Con este propósito, la Ley de Derechos Humanos incluye la protección contra nuevas formas de discriminación (discapacidad, opinión política, estatus laboral y orientación sexual), y en su enmienda de 2001 se crean las figuras del *Race Relations Commissioner* y del *Equal Employment Opportunities Commissioner*, así como la *Office of Human Rights Proceedings*.

³⁶ Así se establece también en el *Cabinet Manual 2008*, una serie de directrices generales para orientar la toma de decisiones del Gobierno neozelandés, <https://cabinetmanual.cabinetoffice.govt.nz/>, 96 [7.62] (26/08/16).

³⁷ *Ibid.*, 91 [7.31].

³⁸ Además de la Carta de Derechos, los Ministros deben confirmar que sus proyectos de ley son consistentes con los principios del Tratado de *Waitangi*, los principios contenidos en la *Privacy Act 1993* y las obligaciones internacionales, *ibid.*, 95 [7.60].

³⁹ *The Guidelines on the New Zealand Bill of Rights Act: A Guide to the Rights and Freedoms in the Bill of Rights Act for the Public Sector*. Wellington, Ministerio de Justicia, 2004.

d) *The United Kingdom Human Rights Act (1998)*

El siguiente desarrollo del modelo se produjo en el Reino Unido con ocasión de la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Derecho nacional británico. Desde mediados de los años sesenta, una parte importante de los operadores jurídicos y profesores de derecho de este país habían exigido la introducción de una carta de derechos (*a bill of rights*) en un sistema jurídico tradicionalmente caracterizado por su falta de Constitución escrita.⁴⁰ La incorporación de los derechos del Convenio se realizó en principio como un primer paso hacia una reforma constitucional más profunda que incluiría la promulgación de una carta de derechos, pero hasta la fecha ese paso ulterior no se ha producido⁴¹.

La Ley de Derechos Humanos británica entró en vigor el 2 de octubre de 2000. Su sección 1 define como “derechos del Convenio” todos los incluidos en el Título Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴², centrado principalmente en los derechos civiles y políticos⁴³. En su articulado, el Convenio acompaña a la definición de cada derecho una

⁴⁰ Un punto álgido de este proyecto político fue el llamado *Charter 88* (1988), una campaña en la que figuras públicas de renombre pidieron una reforma constitucional radical del sistema parlamentario, incluyendo la promulgación de un *bill of rights*. Véase Hickman (2010), 16, n.8.

⁴¹ Esta fue al menos la promesa del Partido Laborista a finales de los años 90, que finalmente no llevó a cabo. Con posterioridad, el mismo Partido Laborista volvió a promover una reforma constitucional de más calado (mediante la publicación en 2009 del *Green paper on Rights and Responsibilities*), pero tampoco se llegó a materializar. Más recientemente, el Partido Conservador ha prometido la anulación de la Ley de Derechos Humanos y su sustitución por una Carta de derechos, pero aparentemente sin otra intención que proteger los derechos del Convenio en términos más claros y precisos, manteniendo la jurisdicción de los tribunales nacionales en la aplicación de tales derechos en el Reino Unido.

⁴² Tales derechos son los siguientes: derecho a la vida (art. 2), prohibición de la tortura (art. 3), prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4), derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), derecho a un proceso equitativo (art. 6), no hay pena sin ley (art. 7), derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8), libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 9), libertad de expresión (art. 10), libertad de reunión y de asociación (art. 11), derecho a contraer matrimonio (art. 12) y prohibición de discriminación (art. 14). Se excluyen los artículos del Título 1 que corresponden al derecho a un recurso efectivo (art. 13) – por ser la propia Ley de Derechos Humanos el ejercicio efectivo mismo de ese derecho – así como los artículos referentes a las prerrogativas (“la derogación en caso de estado de excepción” y “las restricciones a la actividad política de los extranjeros”) y obligaciones (“prohibición del abuso de derecho” y limitación de la aplicación de las restricciones de derechos”) que tiene asumidas el Estado británico como miembro del Convenio europeo.

⁴³ No obstante, el Reino Unido es un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de la Carta Social Europea de 1961. Aunque el sistema británico carece de protección jurídica para la mayoría de los derechos sociales, la legislación actual sobre vivienda, atención médica, relaciones laborales y discriminación, por ejemplo, establecen obligaciones para los poderes públicos que tienen que ver con aspectos importantes de los derechos del Convenio y que pueden ser revisados por los tribunales. En especial, la legislación británica contra la discriminación ofrece una protección sustantiva de los derechos laborales y de acceso a los servicios sociales para muchos grupos desaventajados. Véase, en este sentido, Comisión Mixta para los Derechos Humanos, *Twenty-First Report* (2004), [16], puede consultarse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/183/18302.htm> (26/08/16). Actualmente, la *Equality Act 2010* simplifica, refuerza y armoniza toda la legislación vigente en Reino Unido sobre discriminación con objeto de proteger a los individuos de un trato injusto y promover una sociedad más justa e igualitaria. A su vez, el Parlamento creó en 2006 *the Equality and Human Rights Commission* con el fin de

definición de las condiciones que deben darse para restringir su ejercicio. En general, todas las restricciones han de ser “previstas por la ley”, y constituir “medidas necesarias en una sociedad democrática” para alcanzar una serie de objetivos públicos legítimos e importantes (entre otros, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y las libertades de terceros). A su vez, la sección 2 de la Ley británica exige a los tribunales nacionales tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos relativos a estos derechos, pero sin afirmar que estén obligados a seguir dicha jurisprudencia⁴⁴.

La sección 3 establece el poder/deber interpretativo de los jueces en términos parecidos a la Carta neozelandesa⁴⁵. La sección 3 es importante, en primer lugar, porque se aplica a toda la legislación, independientemente del momento de su promulgación o de su contenido. Además, establece una novedad interpretativa dentro de la tradición jurídica británica. Como señala Aileen Kavanagh, existe una abundante jurisprudencia que afirma que el enfoque interpretativo de la sección 3 no requiere, para su aplicación, de ningún tipo de ambigüedad o incertidumbre en la disposición jurídica bajo escrutinio⁴⁶. Como veremos más adelante, el Tribunal Supremo (o, hasta 2006, la Cámara de los Lores) ha extraído del deber/poder interpretativo constitucional toda su virtualidad, como una técnica alternativa de invalidación judicial no muy distinta a la que opera en el orden constitucional canadiense⁴⁷.

promover la conciencia, entendimiento y protección de los derechos humanos, así como para asegurar que las autoridades públicas cumplen con la Ley de Derechos Humanos de 1998. La principal tarea de esta comisión es controlar al Gobierno y a los proveedores de servicios públicos respecto a las posibles violaciones de la legislación sobre igualdad, tratando, en primera instancia, de resolver tales violaciones mediante la acción informal y la cooperación (acordando un programa de acción reparadora), o llevando a los tribunales de justicia aquellos casos que por sus características se consideran estratégicos en la promoción de los derechos humanos y la construcción de una sociedad más justa. Puede consultarse la página web de la Comisión en <https://www.equalityhumanrights.com/en> (26/08/16).

⁴⁴ La sección 2(1) afirma: “Ante cualquier cuestión que surja en conexión con un derecho del Convenio, el tribunal que ha de determinar la cuestión deberá tener en cuenta cualquier – (a) fallo, decisión, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] en la medida en que, en opinión del tribunal, sea relevante para el procedimiento en el que dicha cuestión ha surgido”.

⁴⁵ Sección 3: “(1) Hasta donde sea posible, la legislación principal y la subordinada deben leerse y aplicarse de un modo que sea compatible con los derechos del Convenio. (2) Esta sección (a) se aplica a la legislación principal y subordinada desde el momento de su aprobación; (b) no afecta a la validez, vigencia o aplicación efectiva de cualquier legislación principal incompatible; y (c) no afecta a la validez, vigencia y aplicación efectiva de cualquier legislación subordinada incompatible si (desestimando cualquier posibilidad de revocación) la legislación principal impide la eliminación de la incompatibilidad”.

⁴⁶ Kavanagh (2004), 260.

⁴⁷ Lord Irvine, por ejemplo, ha llegado a decir que “con la sección 3, el Parlamento ha invitado a los tribunales a usar el Convenio creativamente con objeto de encontrar la respuesta correcta”. *Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 A.C. 467, 320.

La sección 4(2) establece que “si el tribunal está convencido de que la disposición es incompatible con un derecho del Convenio, puede hacer una declaración de tal incompatibilidad”. De este modo, se prohíbe expresamente dar prioridad a la Ley de Derechos Humanos sobre las disposiciones legales que no produzcan ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos, y se deja a la discrecionalidad de los jueces ‘resolver’ la incompatibilidad declarándola formalmente. Frente a la declaración judicial, el Gobierno puede responder, si así lo desea, eliminando la disposición incompatible mediante el proceso ejecutivo rápido (denominado ‘*fast track procedure*’) previsto en la sección 10. También puede introducir una nueva legislación en el Parlamento, o bien tratando de salvar el escollo de la incompatibilidad, o bien declarando que, a pesar de la incompatibilidad, “el gobierno no obstante desea que la Cámara de los Comunes proceda con el proyecto de ley”⁴⁸. Alternativamente, por supuesto, el Gobierno puede no hacer nada, y asumir el coste político de mantener una disposición declarada por los jueces incompatible con los derechos. Además, a este coste político habría que sumar la posibilidad de que la disposición declarada incompatible por los jueces se impugne ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos – cuyas sentencias deben respetarse en Reino Unido en virtud del Convenio –, con el riesgo de que dicho tribunal llegue a la misma conclusión.

La sección 6 declara ilícitas todas las acciones (u omisiones) de las autoridades públicas (excepto las del legislativo) que resulten incompatibles con los derechos protegidos⁴⁹. Esta sección es especialmente relevante en el Reino Unido, dado que en este sistema jurídico la mayoría de los actos y omisiones que se impugnan por violar derechos humanos no están contenidos en la legislación, sino que son normalmente actos ejecutivos y administrativos. Antes de la Ley de Derechos Humanos, la sustancia de tales actos sólo podía impugnarse sobre la base del criterio *Wednesbury* de irrazonabilidad, o irracionalidad. Desde la aprobación de dicha ley, ha sido posible impugnar la acción gubernamental sobre la base de que viola los derechos del Convenio, y los tribunales deben aplicar, cuando sea necesario, el test de proporcionalidad y no meramente el test de irracionalidad. La relación entre ambos tipos de estándares es motivo de una gran controversia entre los autores, y será objeto de estudio en la tercera parte de este trabajo. Según Tom Hickman, la sección 6 crea “un nuevo tipo de ilegalidad en el Derecho público nacional”, de modo que cualquier acto o

⁴⁸ Sección 19(1)(b).

⁴⁹ No obstante, el apartado (2) matiza que esta sección no será de aplicación cuando “(a) como resultado de una o más disposiciones de la legislación principal, la autoridad no pudo actuar de otro modo; o (b) en el caso de una o más disposiciones de, o hechas bajo, la legislación principal que no puedan leerse o aplicarse de un modo que sea compatible con los derechos del Convenio, la autoridad actuó de forma que se aplicaran o tuvieran efecto dichas disposiciones”.

decisión públicos que resulte incompatible con los derechos protegidos se considerará *ultra vires*⁵⁰. En definitiva, las secciones 2 y 6 pretenden que los tribunales nacionales desarrollen una jurisprudencia propia sobre los derechos humanos⁵¹.

Finalmente, la sección 19 establece una revisión política de constitucionalidad algo distinta a la de Canadá y Nueva Zelanda. Según la ley británica, con anterioridad a la promulgación de un proyecto de ley (en concreto, antes de su segunda lectura en foro parlamentario), el Ministro a cargo del proyecto debe hacer una declaración sobre la compatibilidad del mismo con los derechos del Convenio o, en caso de que ser incapaz de hacer dicha declaración, declarar que “el Gobierno desea no obstante que la Cámara de los Comunes proceda con el proyecto”. Además, como veremos más adelante en este capítulo, en Reino Unido existe desde 2001 una comisión parlamentaria permanente cuya principal función es revisar la compatibilidad de las leyes con los derechos del Convenio (*the Joint Committee on Human Rights*).

Dado que ya tenemos a la vista las tres principales versiones del modelo, creo que podría ser instructivo una breve comparación entre ellas, haciendo notar que las versiones británica y neozelandesa forman una variante específica que contrasta con la versión canadiense⁵². En este sentido, cabe señalar, en primer lugar, que tanto la versión británica como la neozelandesa se limitan a incorporar los derechos de un instrumento internacional que ya era obligatorio en el Estado en el plano internacional, en lugar de establecer una carta de derechos puramente nacional. En segundo lugar, en ambos casos los tribunales tienen el poder/deber de interpretar la legislación a la luz de los derechos y valores fundamentales, pero no están autorizados para anular o inaplicar disposiciones legales. Aunque este poder/deber interpretativo ha dado lugar a una mayor proactividad judicial en el Reino Unido que en Nueva Zelanda, las dos suponen una versión similar del modelo que contrasta con el poder de los jueces canadienses. En el modelo británico y neozelandés, los tribunales sólo pueden ‘resolver’ la incompatibilidad en la medida en que la disposición o decisión impugnada permita una interpretación consistente con los derechos protegidos; en caso

⁵⁰ Hickman (2010), 27.

⁵¹ La sección 6 excluye, por tanto, un efecto horizontal directo de los derechos protegidos: la obligación de actuar de manera compatible con tales derechos recae únicamente sobre las autoridades públicas. Sin embargo, como señala Hunt (1998), 439-440, la inclusión de los tribunales de justicia dentro de la definición de ‘autoridades públicas’ tiene una implicación muy importante en el efecto horizontal de los derechos del Convenio. Aunque ninguna sección de la Ley de Derechos Humanos afirma que los derechos del Convenio se aplican a todo el sistema jurídico británico, y aunque la obligación interpretativa de la sección 3 se aplica únicamente a la legislación y no al *common law*, lo cierto es que la sección 6 impone a los tribunales el deber de actuar de manera compatible con el Convenio, incluso cuando tienen que decidir casos puramente privados, es decir, entre partes privadas y en relaciones regidas únicamente por el *common law*.

⁵² Beatson et al. (2008), 56-57.

contrario, la única solución que tienen a su alcance es la declaración de incompatibilidad. En tercer lugar, ambas leyes imponen al Gobierno la obligación de hacer un control de constitucionalidad de las leyes con carácter previo a su promulgación, si bien la sección 19 de la Ley británica se aplica a todos los ministros de la Corona, mientras que la sección 7 de la Carta neozelandesa se aplica sólo al Fiscal General del Estado (*the Attorney General*). Por último, tanto la Carta neozelandesa como la Ley británica tienen formalmente el estatus de leyes ordinarias, promulgadas por el Parlamento, lo cual, de nuevo, contrasta con la Constitución canadiense, que fue ‘repatriada’ a Canadá por el Parlamento británico a través del vehículo de la *Canada Act* de 1982.

En cuanto a las diferencias entre el modelo británico y el neozelandés, cabe decir, por una parte, que la Ley de Derechos Humanos británica contiene una disposición expresa sobre reparaciones judiciales (*remedies*) de los daños causados por los actos ilícitos de las autoridades públicas (sección 8), mientras que la ley neozelandesa no contiene una disposición equivalente. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda ha sostenido que existe una disposición de este tipo implícita en la ley, porque de otro modo los derechos no serían efectivos⁵³. Por otra parte, la sección 4 de Ley de Derechos Humanos da expresamente a los tribunales del Reino Unido el poder para hacer una declaración de incompatibilidad respecto a la legislación primaria u otra legislación que resulte por alguna razón incapaz de ser anulada. En Nueva Zelanda no existe una disposición en este sentido, aunque los tribunales han sugerido que tienen un poder similar para hacer una declaración de “inconsistencia”⁵⁴.

Este último rasgo, sin embargo, a pesar de ser formalmente el más evidente, no es tan determinante como pudiera parecer. En efecto, cabe argumentar que la sección 4 prueba el rango superior de la Ley de Derechos Humanos en el Derecho británico. Aunque su promulgación no significó la revocación implícita de todas las leyes previas incompatibles con ella (lo cual puede indicar incluso un estatus inferior a las leyes ordinarias), la sección 4 establece que su incompatibilidad con leyes futuras ‘se resolverá’ mediante la mera declaración formal de la incompatibilidad. Es decir, en caso de que alguna disposición legal posterior se declare incompatible con los derechos protegidos, la Ley de Derechos Humanos mantiene intacta su vigencia, sin quedar implícitamente anulada. Por tanto, si destacamos de la sección 4 la prohibición de los jueces para anular o no aplicar una ley incompatible con los derechos protegidos perdemos de vista el hecho incontrovertible de que dicha sección

⁵³ *Simpson v Attorney General (Baigent's Case)* [1994] 3 NZLR, 667.

⁵⁴ Butler and Butler (1990), 22-23.

autoriza a los jueces a evaluar la justificación de todas las leyes a la luz de los estándares de los derechos del Convenio⁵⁵.

Por último, conviene señalar el sesgo claramente administrativo de la ley británica de derechos humanos, en contraste con la neozelandesa⁵⁶. La distinción entre Derecho constitucional y administrativo no es reconocible para los juristas de estos países, dado que carecen de una Constitución escrita y no existe el poder para anular leyes incompatibles con los derechos. Sin embargo, al igual que en Canadá, la mayoría de los casos surgidos bajo la Carta de Derechos de Nueva Zelanda han sido impugnaciones contra la legislación del Parlamento, y sólo recientemente ha tenido un cierto impacto en el Derecho administrativo⁵⁷. Por el contrario, la Ley de Derechos Humanos británica tuvo un impacto directo e inmediato sobre el Derecho administrativo, siendo la sección 6 la que más se ha usado como base para acudir a los tribunales en busca de protección de los derechos humanos⁵⁸.

e) *The Australian Capital Territory's Human Rights Act (2004)* y *The Victoria's Charter of Human Rights and Responsibilities Act (2006)*

Australia es un caso único dentro de los países de la *Commonwealth*. Aunque cuenta desde hace más de un siglo con una Constitución que garantiza a los tribunales el poder de revisión judicial, dicho documento no incluye una carta de derechos fundamentales, y tampoco existe ninguna disposición legislativa general sobre derechos a nivel nacional. La *Constitution of the Commonwealth of Australia* de 1901 establece un régimen híbrido distinto al modelo colaborativo, con supremacía judicial sobre cuestiones estructurales de federalismo y separación de poderes, y en la mayoría de los casos supremacía parlamentaria en materia de derechos. A pesar de ello, Australia ha dado recientemente importantes pasos en la dirección del modelo colaborativo: por una parte, adoptando una ley federal que recoge sus componentes puramente políticos y, por otra, aprobando para los dos territorios más importantes del Estado sendas cartas de derechos donde se establece el modelo completo en su versión británica/neozelandesa. Estas cartas suponen, en términos de Gardbaum, una revisión o ajuste de sus predecesoras, y no introducen ninguna novedad fundamentalmente

⁵⁵ Rivers (2002), xxii.

⁵⁶ Hickman (2010), 28-29.

⁵⁷ Sólo a partir de *Zaoui v Attorney-General* [2006] 1 NZLR 289 (SC) el Tribunal Supremo de Nueva Zelanda decidió que la Carta debía aplicarse directamente a las decisiones administrativas.

⁵⁸ Gardbaum (2013), 158.

original, lo cual “confirma la idea de que estamos, y así se percibe, ante un nuevo modelo *commonwealth* [...] en lugar de ante una serie de intentos separados e independientes”⁵⁹. En mi exposición me centraré en los aspectos que me parecen más significativos por su contribución al ajuste y mejora del modelo.

En 2008, el Gobierno federal creó el *National Human Rights Consultation Committee* con objeto de conocer de primera mano la opinión de la comunidad australiana sobre cómo mejorar la protección de los derechos humanos en este país. En el informe que dicha comisión emitió al año siguiente se incluían varias recomendaciones, entre las que destacaba la aprobación de una carta de derechos similar a la británica y neozelandesa⁶⁰. Sin embargo, el Gobierno rechazó esta propuesta, introduciendo en el Parlamento, a través del Fiscal General, un proyecto de ley en el que sólo se contemplaba la revisión parlamentaria de la legislación a partir de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Australia. En 2011, el Parlamento federal aprobó la *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, que incluye dos elementos principales. En primer lugar, la sección 4 establece la Comisión Mixta Parlamentaria para los Derechos Humanos (*Joint Committee on Human Rights*), siguiendo en gran medida el ejemplo británico, aunque con funciones más limitadas. En concreto, dicha Comisión se limita a examinar la compatibilidad de los proyectos de ley con los derechos humanos y a informar de sus hallazgos al Parlamento. En segundo lugar, las cláusulas 8 y 9 exigen que todo proyecto de ley que se presente en el Parlamento venga acompañado de una declaración de compatibilidad o incompatibilidad con los derechos humanos.

Algunos autores defienden este esquema de protección de derechos como la alternativa más democrática a los modelos de supremacía judicial⁶¹. Sin ninguna declaración formal de derechos y sin aumentar en absoluto el poder de los tribunales, dicho esquema de protección se basa “principalmente en el *common law*, una democracia parlamentaria vigorosa, una legislación relativa a asuntos específicos como la discriminación racial y

⁵⁹ *Ibid.*, 207.

⁶⁰ *National Human Rights Consultation Report*, 30 de septiembre de 2009.

⁶¹ Véase, por ejemplo, Campbell (2006), Uhr (2006) y Goldsworthy (1999). Para estos autores, el orden creado por la *Constitution of the Commonwealth of Australia* de 1901 “refleja un compromiso más amplio con un modelo relegado de protección de derechos. Este modelo es aquél que se asocia con la doctrina liberal de la separación de poderes diseñada para promover un régimen político de libertad civil, como un modelo distinto de (pero no necesariamente opuesto a) otros modelos más contemporáneos de protección de derechos diseñados para promover las libertades civiles de los individuos”, Uhr (2006), 43. Como veremos mejor en la segunda parte de este trabajo, este modelo puede considerarse el más cercano a los planteamientos del constitucionalismo político, donde los poderes electos se consideran los únicos con legitimidad para interpretar los derechos fundamentales y resolver las cuestiones constitucionales sustantivas.

sexual, y una cultura generalmente tolerante”⁶². A la Comisión Mixta de Derechos Humanos hay que sumar las tradicionales comisiones de escrutinio legislativo del Senado: *Regulations and Ordinances Committee* (establecido en 1932) y *Scrutiny of Bills Committee* (creado en 1982), formando así lo que cabe considerar “una plataforma parlamentaria para la promoción de los derechos humanos”⁶³. Además, en Australia existe a nivel federal una abundante legislación sobre derechos humanos — como la *Racial Discrimination Act* de 1975, la *Sex Discrimination Act* de 1984, la *Disability Discrimination Act* de 1992 y la *Age Discrimination Act* de 2004 — y, desde 1986, la *Australian Human Rights Commission* se encarga de promover y exigir el efectivo cumplimiento de dicha legislación mediante la investigación y conciliación de las reclamaciones de discriminación y violación de derechos humanos.

The Australian Capital Territory Human Rights Act de 2004 es la primera carta de derechos de Australia⁶⁴, y ha sido objeto de una serie de importantes enmiendas⁶⁵. En un principio sólo incluía el catálogo derivado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Part 3*), pero desde 2012 incluye una parte dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales (*Part 3a*), procedente del Pacto Internacional correspondiente a tales derechos, en el que se incluye “el derecho a la educación” (sec. 27a)⁶⁶. A diferencia de la Ley de Derechos Humanos británica, la Carta australiana incluye una cláusula general de limitación aplicable a todos los derechos (sec. 28(1)), en términos muy parecidos a la sección 1 de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso canadiense, la Carta australiana sigue el ejemplo de la sección 36 de la

⁶² Goldsworthy (2006), 1.

⁶³ Campbell (2006), 321.

⁶⁴ La aprobación de una carta de derechos fue objeto de discusión durante los trámites parlamentarios para la autodeterminación del territorio, pero finalmente la *ACT Self-Government Act* de 1998 no incluyó ninguna referencia a los derechos. En 2002 se creó una comisión consultiva sobre el asunto (*the ACT Bill of Rights Consultative Committee*), el cual emitió al año siguiente un informe recomendando la adopción de una carta de derechos, llegando incluso a presentar una primera redacción de dicha carta en uno de los anexos de dicho informe. En dicha propuesta, el comité incluyó no sólo los derechos civiles y políticos, sino también la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre la tramitación de esta ley y la controversia que provocó en el Parlamento y la opinión pública del territorio, véase Charlesworth (2006), 289-292.

⁶⁵ El primer paquete de medidas se aprobó mediante la *Human Rights Amendment Act 2007 (ACT)*. La última enmienda es de 2016, sustituyendo a lo largo de todo su texto los términos “*indigenous people*” por “*Aboriginal and Torres Strait Islander people*”.

⁶⁶ Esta reforma vino precedida de un informe elaborado por la Universidad Nacional de Australia que puede consultarse en https://acthra.anu.edu.au/escr_res_proj.php (26/08/16). Además, este territorio cuenta con su propia legislación antidiscriminatoria, como la *Discrimination Act* de 1991 y la *Disability Services Act* de 1991, así como, desde 2005, con su propia *Human Rights Commission*, la cual tiene autoridad para investigar reclamaciones individuales sobre discriminación ilegal, servicios sanitarios, servicios para personas mayores, servicios para discapacitados y servicios para la infancia y la juventud.

Constitución de Sudáfrica, incluyendo una cláusula de “factores relevantes” para determinar si una limitación de los derechos básicos es razonable (sec. 28(2))⁶⁷.

Por una parte, la Carta del Territorio de la Capital de Australia establece los elementos políticos típicos del modelo colaborativo, con algunas modificaciones relevantes: así, en primero lugar, el Fiscal General debe presentar una declaración escrita sobre la compatibilidad de cada proyecto de ley presentado en la Asamblea Legislativa (sec. 37), pero añadiendo que las declaraciones de incompatibilidad deben incluir también las razones de tal declaración (sec. 37(3)(b)); en segundo lugar, una comisión parlamentaria (*the Standing Committee on Legal Affairs*) debe realizar un escrutinio legislativo previo que controle la consistencia de la legislación con los derechos humanos (sec. 38), y presentar un informe al Gobierno, al que éste debe dar respuesta; por último, se crea la *Office of Human Rights Commissioner* para revisar las leyes con objeto de asegurar su cumplimiento de la *Human Rights Act*, así como para asesorar al Fiscal General sobre el funcionamiento de dicha ley (sec. 41).

Por otra parte, bajo esta Carta, los tribunales tienen el deber de interpretar la legislación de manera consistente con los derechos protegidos hasta donde sea posible (sec. 30); no obstante, este deber de interpretación conforme aparece cualificado con respecto a la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos británica, pues requiere que la interpretación conforme no sea meramente “posible”, sino además que resulte “consistente con el propósito legislativo”⁶⁸. Además, sólo el Tribunal Supremo tiene jurisdicción para declarar la incompatibilidad de aquella legislación del territorio que no pueda interpretarse consistentemente con los derechos protegidos (sec. 32); dicha declaración no afecta a la validez de la legislación en cuestión (sec. 39), pero se exige al Fiscal General que informe al Parlamento sobre la respuesta gubernamental a la declaración (sec. 33). Por último, todos los poderes públicos tienen el deber de “dar una consideración adecuada” a los derechos humanos relevantes en su toma de decisiones (sec. 40B(1)).

The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act en 2006 sigue, en buena medida, el ejemplo de la primera carta australiana. En su versión actual, incluye un amplio catálogo de los derechos civiles y políticos fundamentales, junto a “la protección de

⁶⁷ Esta cláusula fue añadida en la enmienda de 2007, y establece que: “Al decidir si una limitación es razonable, deben tenerse en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo los siguientes: “(a) la naturaleza del derechos afectado; (b) la importancia del propósito de la limitación; (c) la naturaleza y extensión de la limitación; (d) la relación entre la limitación y su propósito; (e) cualquier medio menos restrictivo razonablemente disponible que permita lograr el propósito que la limitación trata de alcanzar” (sec. 28(2)).

⁶⁸ Como señala Hilary Charlesworth, esto hace que se trate de un deber interpretativo más débil que el establecido en las cartas británica y neozelandesa, puesto que estas dos últimas permiten interpretaciones de las leyes que entran en conflicto con la intención del legislador, Charlesworth (2006), 294.

la familia y los niños”, los “derechos culturales”, y los derechos de “los niños en el proceso penal”⁶⁹. Igual que su predecesora, esta Carta contiene una cláusula general de limitación de derechos, que incluye una serie de factores relevantes para determinar si las limitaciones son razonables (sec. 7(2))⁷⁰.

En cuanto a la revisión política de la compatibilidad de las leyes con la Carta, ésta establece que es el miembro del Parlamento que propone introducir un proyecto de ley quien debe realizar una declaración de compatibilidad señalando, en caso de que el proyecto se considere compatible, las razones en las que se sustenta tal opinión, y en caso de considerarlo incompatible, “la naturaleza y extensión de la incompatibilidad” (sec. 28(3)). No obstante, la ausencia de tal declaración no afecta la validez y aplicabilidad de la ley o disposición legislativa (sec. 29). Además, se establece que una comisión parlamentaria (*the Scrutiny of Acts and Regulations Committee*) debe informar al Parlamento acerca de la compatibilidad con los derechos humanos de todos los proyectos de ley que se presenten para su aprobación. Por último, otorga al legislador un poder revocatorio similar al que establece la sección 33 de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*) — es decir, con una duración máxima de cinco años y la posibilidad ilimitada de renovación —, pero añadiendo que el miembro del Parlamento que introduce un proyecto de ley con una cláusula revocatoria debe hacer una declaración “explicando las circunstancias excepcionales que justifican la inclusión” de dicha cláusula (sec. 31(3))⁷¹.

En relación a los jueces y demás poderes públicos, el deber de interpretación conforme aparece condicionado por la cláusula “hasta donde sea posible de manera consistente con [el] propósito” de las disposiciones legislativas (sec. 32(1)). En el caso de que en un proceso judicial se incluya una cuestión relativa a la aplicación de la Carta o a la interpretación de una ley conforme a la Carta, la parte que platee dicha cuestión deberá dar noticia al Tribunal Supremo (sec. 33), a la Comisión de Derechos Humanos del Territorio de Victoria y, en caso de que dicha parte no sea el Estado, al Fiscal General (sec. 35). La

⁶⁹ Por otra parte, este territorio también tiene legislación antidiscriminatoria, como la *Equal Opportunity Act* de 2010 y la *Racial and Religious Tolerance Act* de 2001; asimismo, desde 2006, la *Victorian Equal Opportunity and Human Rights Commission* se encarga de promover el cumplimiento de esta legislación en el sector público y la sociedad en general.

⁷⁰ “Un derecho humano puede estar sujeto bajo la ley a aquellas limitaciones razonables que puedan justificarse fehacientemente en una sociedad democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, y teniendo en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo: (a) la naturaleza del derechos; (b) la importancia del propósito de la limitación; (c) la naturaleza y extensión de la limitación; (d) la relación entre la limitación y su propósito; (e) cualquier medio menos restrictivo razonablemente disponible que permita lograr el propósito que la limitación trata de alcanzar” (sec. 7(2)).

⁷¹ Este poder revocatorio del legislativo se añade, en lugar de sustituir, a la autoridad para no aceptar las declaraciones judiciales, por lo que se ha criticado como una medida “redundante”, Gardbaum (2013), 209.

declaración judicial de incompatibilidad se denomina “declaración de interpretación inconsistente”, y se reserva únicamente al Tribunal Supremo, el cual puede realizarla cuando “es de la opinión de que una disposición legal no puede interpretarse consistentemente con un derecho humano” (sec. 36)⁷².

⁷² Según Gardbaum, a juzgar por el lenguaje utilizado, esta sección se redactó teniendo en cuenta el enfoque del ‘desacuerdo interpretativo razonable’, un planteamiento que está ausente, sin embargo, en la sección dedicada a la autorización del legislativo para introducir cláusulas revocatorias, ibíd. 209-210.

2.

Estructura institucional básica

A. Una declaración de principios

El modelo incluye, en todas sus versiones institucionales, una declaración formal de los derechos humanos (*a Bill of Rights*). Sin embargo, la fuerza normativa de estos derechos no debe buscarse en la declaración misma, sino en los valores y principios de los que se deducen, y a los que deben acudir los legisladores y los tribunales para interpretarlos y articularlos. De ahí que el modelo deje abierta la posibilidad de otorgar o no a la declaración de derechos de un estatus superior al resto del sistema jurídico. En la versión británica y neozelandesa, el modelo garantiza la superioridad de los derechos mediante un deber/poder interpretativo por el cual los jueces y, en general, los poderes públicos, deben preferir aquella interpretación de las leyes que sea compatible, o no vulnere, los derechos protegidos.

Pero la Carta no indica expresamente cómo deben interpretarse los derechos mismos con los que las leyes y decisiones públicas han de ser compatibles. En este sentido, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial la de sus primeras sentencias importantes bajo la Carta de 1982, con el juez Brian Dickson como presidente, la que ha marcado el modo de proceder. Según el Tribunal canadiense, cada derecho de la Carta debe interpretarse según su propósito, el cual

debe buscarse teniendo en cuenta el carácter y los objetivos más amplios de la Carta misma, así como el lenguaje elegido para articular ese derecho o libertad en concreto, los orígenes históricos de los conceptos consagrados en el documento y, allí donde se requiera, el significado y el propósito de otros derechos y libertades con los que se asocia dentro del texto de la Carta. [La interpretación ha de ser] generosa en lugar de legalista, debe aspirar a dar cumplimiento al propósito de la garantía y a asegurar a los individuos el máximo provecho de la protección de la Carta. [Sin embargo], es importante no exagerar el propósito real del derecho o libertad en cuestión, sino recordar que la Carta no se promulgó

en el vacío, y que se debe [...] situar en su propio contexto lingüístico, filosófico e histórico¹.

Los derechos protegidos deben concebirse, por tanto, desde una visión ‘evolutiva’, es decir, a la luz de los valores y principios que subyacen al texto constitucional o carta de derechos. Estos valores y principios representan los ‘propósitos’ o aspiraciones de una sociedad democrática en su discurrir histórico. El propio juez Dickson se hizo eco de la famosa metáfora de la Constitución como ‘árbol vivo’ en *Hunter*² (otra de las sentencias que marcaron el método de interpretación de la jurisprudencia canadiense): la Carta (como documento declarativo de derechos fundamentales, tenga formalmente o no un estatus jurídico superior) se debe interpretar como un documento “capaz de crecer y expandirse dentro de sus propios límites naturales”; de ahí que los jueces deban tener cuidado en “no recortar sus disposiciones mediante una construcción técnica y estrecha, sino al contrario, de darles una interpretación amplia y liberal”³.

Lo cual no significa hablar de derechos como requerimientos de ‘optimización’; la función principal de los derechos fundamentales, en cuanto garantías judicialmente exigibles, es servir de restricciones a la acción gubernamental. Aunque responden a los principios y valores últimos de la sociedad, los derechos fundamentales no son ideales que guíen o autoricen la acción del Gobierno, sino estándares mínimos que la acción colectiva debe respetar y tratar de proteger de posibles violaciones. Así lo estableció el juez Dickson en *Hunter*, haciendo referencia a la sección 8 de la Carta, que protege a los individuos contra registros e incautaciones “irrazonables”:

[La Carta de derechos] es un documento propositivo. Su propósito es garantizar y proteger, dentro de los límites de la razón, el disfrute de los derechos y las libertades que en ella se consagran. Se pretende constreñir la acción gubernamental que resulte inconsistente con los derechos y libertades; no es en sí misma una autorización para la acción del Gobierno. En el caso que nos ocupa, esto significa que [...] al garantizar el derecho a no sufrir registros e incautaciones irrazonables, la sección 8 actúa como una limitación a cualesquiera que sean los poderes de registro e incautación que tengan, o puedan tener, los gobiernos federal y provinciales. Dicha sección no confiere en sí mismo ningún poder, ni siquiera el de un registro e incautación ‘razonable’⁴.

¹ *R v Big M. Drug Mart* [1985] 1 SCR 295, 344.

² *Hunter v Southam* [1984] 2 SCR 145.

³ *Ibid.*, 156. Citando la “clásica formulación” del juez Sankey en *Edwards v. Attorney-General for Canada* [1930] AC 124, 136.

⁴ *Ibid.*

Este último punto nos conduce a otro elemento importante del modelo. Dentro de la declaración formal de los derechos se incluye una cláusula general, o varias específicas (como ocurre en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, al que se remite la ley británica), que permiten al parlamento (o al gobierno, bajo una autorización legal) la limitación de los derechos protegidos. Así, la sección 1 de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*), reproducida casi literalmente en la Carta neozelandesa y en las dos australianas, afirma dicha capacidad siempre que pueda “demostrarse justificadamente” que tales limitaciones son necesarias y no desproporcionadas ‘en una sociedad libre y democrática’⁵. Detrás de esta concepción de los derechos, es posible identificar una determinada división de poderes, con la que se pretende fomentar tanto la complementariedad, como la garantía de su independencia mutua. Y así, mientras la determinación del significado de los derechos corresponde en principio a los jueces, como ‘guardianes de los derechos’, la responsabilidad de su articulación y protección efectiva corresponde en primer lugar a los poderes electos. En palabras de Dickson: “Mientras los tribunales son los guardianes de la Constitución y los derechos de los individuos que viven bajo ella, es responsabilidad del legislativo promulgar la legislación que materialice las garantías adecuadas para cumplir con los requerimientos de la Constitución”⁶.

En el modelo colaborativo, la protección de los derechos se realiza teniendo en cuenta la persecución de los objetivos y proyectos básicos de una sociedad libre y democrática. Según el Tribunal Supremo de Canadá, la sección 1 de la Carta reconoce que puede ser “necesario limitar los derechos y libertades en aquellas circunstancias en que su ejercicio sea perjudicial para la realización de fines colectivos fundamentales”⁷. Para poder valorar la justificación de las limitaciones a los derechos protegidos, “el Tribunal debe guiarse por los valores y principios esenciales a una sociedad libre y democrática”, entre los cuales el juez Dickson menciona:

el respeto a la dignidad inherente a la persona humana, el compromiso con la justicia social y la igualdad, el acomodo de una amplia variedad de creencias, el respeto a la identidad cultural y de grupo, y la confianza en las instituciones sociales y políticas que promueve la participación de los individuos y grupos en la sociedad⁸.

⁵ Como vimos en el capítulo anterior, las dos Cartas australianas incluyen en la cláusula general de limitación una serie de “factores relevantes” que sirven de base para determinar si una limitación de los derechos básicos es razonable.

⁶ *Hunter*, supra nota 2, 136.

⁷ *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 (juez Dickson).

⁸ *Ibid.*

Para Dickson, estos valores y principios constituyen la “génesis” de los derechos constitucionales y “los estándares definitivos bajo los que debe probarse que un límite de un derecho o libertad, a pesar de sus efectos, es una medida razonable y democráticamente justificada”. Por eso, aunque pueda parecer que el principio de proporcionalidad no se refiere a ningún valor sustantivo, sino tan sólo a un equilibrio o balance entre medios y fines (o a un análisis de costes y beneficios), en realidad, el análisis de proporcionalidad está dirigido por valores.

Un ejemplo relativamente reciente de interpretación ‘propositiva’ de los derechos básicos lo podemos ver en la Sentencia de 2004 sobre el matrimonio del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá⁹. En 2003 el Gobernador General (*Governor in Council*) envió al Tribunal Supremo una serie de cuestiones relativas a una proposición de ley del Parlamento federal (*Proposal for an Act*) por la que se pretendía modificar las condiciones para contraer matrimonio a efectos civiles. En su sección 1, la mencionada proposición establecía que “matrimonio, a efectos civiles, es la unión legal de dos personas con exclusión de cualquier otra”. La primera cuestión que se planteaba era si tal modificación legislativa caía dentro de las competencias del Parlamento federal. En caso afirmativo, se preguntaba si la sección 1 de la proposición, que extendía la capacidad para casarse a parejas del mismo sexo, era consistente con la Carta¹⁰.

En principio, la competencia del Parlamento federal para legislar sobre “matrimonio y divorcio” estaba claramente establecida en la sección 91(26) de la Ley Constitucional de 1867¹¹. Sin embargo, algunos intervinientes afirmaron que dicha sección no podía interpretarse en el sentido de otorgar al Parlamento competencia legislativa sobre el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Según esta opinión, el significado del término ‘matrimonio’ estaba constitucionalmente “atrincherado”, e incorporaba

⁹ *Reference re Same-Sex Marriage*, (2004) SCC 79.

¹⁰ En tercer lugar, se cuestionaba si la libertad religiosa permitía a las autoridades eclesiásticas oponerse a celebrar matrimonios del mismo sexo por motivos de conciencia. Al año siguiente, cuando el Tribunal Supremo todavía no había emitido su respuesta, el Gobernador General añadió una cuarta cuestión, preguntando si el requisito de sexo opuesto para contraer matrimonio civil, establecido por el derecho consuetudinario y por el sistema jurídico de Quebec, era consistente con la Carta. El Tribunal ejerció su discrecionalidad para no contestar a esta última cuestión, basándose en el hecho de que el Parlamento había expresado su intención inequívoca de introducir legislación relativa a las parejas del mismo sexo, con independencia de lo que dijese el Tribunal, y que la definición de matrimonio en el Derecho de cinco provincias y un territorio ya había eliminado el requisito del sexo opuesto [65]. Además, existía un número creciente de sentencias de tribunales inferiores en las que se había anulado el requisito del sexo opuesto para contraer matrimonio [66].

¹¹ Las provincias, por su parte, tienen competencia para la realización de los matrimonios en su jurisdicción, según la sección 92(12) de dicha ley.

necesariamente el requisito de sexos opuestos¹². En su respuesta a esta cuestión, el Tribunal invocó el cambio que había sufrido la sociedad canadiense en la última mitad del siglo XX. De una sociedad de valores compartidos, donde el matrimonio era inconcebible fuera del marco religioso, Canadá había pasado a ser una sociedad pluralista, donde el matrimonio se concibe, desde el punto de vista del Estado, como una institución civil. A partir de esta reflexión, el Tribunal invocó la idea de un “constitucionalismo *common law*”:

El razonamiento de los ‘conceptos congelados’ es contrario a uno de los principios fundamentales de la interpretación constitucional en Canadá: que nuestra Constitución es un árbol vivo que, a través de una interpretación progresiva, acomoda y afronta las realidades de la vida moderna¹³.

Frente al razonamiento de los ‘conceptos congelados’, la interpretación “liberal o progresiva” (*progressive interpretation*) asegura la “continua relevancia y legitimidad” de los documentos constitucionales. Con este tipo de interpretación la Constitución logra su finalidad última, esto es, “estructurar el ejercicio del poder de los órganos del Estado en tiempos muy diferentes a aquellos en que fue diseñada”¹⁴. Para reforzar su argumento, el Tribunal recordó cómo en el pasado se dudó de que las mujeres pudieran considerarse “personas cualificadas” para ser elegidas como miembros del Senado de Canadá¹⁵. En aquel momento también se acudió al “pasado inmemorial” para tratar de impedir una modificación legislativa. Pero, tal como señaló el Tribunal, “las costumbres pueden llegar a convertirse en tradiciones más fuertes que el Derecho, y permanecer invariables mucho tiempo después de que desaparezca la razón que las justificaba”¹⁶. Por lo tanto, concluyó el Tribunal, la apelación a la historia en esta materia no era concluyente.

Una segunda razón para oponerse a la modificación legal se basaba en que la interpretación propositiva tiene también sus “límites naturales”, y que dichos límites impiden el matrimonio del mismo sexo. El Tribunal respondió que este argumento sólo podía prosperar si se lograba identificar objetivamente el significado de ‘natural’ en el matrimonio, puesto que, en caso contrario, resultaba meramente tautológico. El único elemento objetivo que todas las partes reconocían como ‘natural’ era la unión voluntaria de

¹² Los defensores de dicha crítica citaron la sentencia *Hyde v. Hyde*, (1866), LR 1 P. & D. 130, donde la Cámara de los Lores definió los elementos “esenciales e invariables” del matrimonio “en la Cristiandad” como “la unión voluntaria de por vida de un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás”, citado en *Reference re Same-Sex Marriage*, supra nota 9, [21].

¹³ *Ibid.*, [22].

¹⁴ *Ibid.*, [23].

¹⁵ *Edwards v. Attorney-General for Canada*, supra nota 3.

¹⁶ *Reference re Same-Sex Marriage*, supra nota 9, [25].

dos personas con exclusión de cualquier otra. Más allá de eso, las visiones eran divergentes¹⁷.

B. El escrutinio político de constitucionalidad

El siguiente elemento estructural del modelo es el establecimiento formal de una revisión a cargo del ejecutivo/legislativo de los proyectos de ley a la luz de los derechos protegidos. Como señala Gardbaum, la principal función de esta revisión ‘política’ es asegurar que el gobierno sea consciente de los derechos protegidos cuando prepara sus proyectos legislativos¹⁸. Se trata así de evitar que la responsabilidad en la protección de los derechos recaiga únicamente en los jueces, impidiendo que se promulguen leyes que contienen disposiciones inconsistentes con los derechos protegidos, o al menos forzando a que la promulgación de tales disposiciones se realice mediante un proceso deliberativo de justificación. Además, la revisión ‘política’ pretende introducir en la deliberación sobre los derechos la perspectiva propia de los poderes orientados políticamente, un punto de vista que tiene en cuenta las cuestiones morales y políticas propias de las cuestiones constitucionales de un modo más amplio y menos técnico que los jueces. Es más, a través del parlamento, el público en general puede participar directa y abiertamente en el debate sobre los derechos. Por último, esta primera etapa permite que quede un registro de la deliberación política sobre los derechos al que los tribunales pueden acudir en caso de que la legislación sea impugnada.

a) En Canadá

La *Bill of Rights* canadiense de 1960 se promulgó con el fin de incrementar la participación del legislativo federal en la protección de los derechos humanos. El ideal que se perseguía era “incrementar la notoriedad de los derechos en la toma de decisiones políticas, un ideal que descansaba en la posibilidad dinámica de utilizar un marco de derechos para evaluar las propuestas legislativas antes y después de su introducción en el Parlamento”¹⁹. Se trataba de mejorar la legislación mediante un escrutinio político más atento a la constitucionalidad de las leyes. Aunque la Carta de 1960 no establece un claro deber judicial respecto a la

¹⁷ Ibid., [27].

¹⁸ Gardbaum (2013), 81-82.

¹⁹ Hiebert (2002), 4.

protección de los derechos, fue en su momento una medida innovadora al intentar infundir una mayor sensibilidad hacia los derechos en la producción legislativa a nivel federal. En su sección 3, exige al Ministro de Justicia enviar al Parlamento un informe escrito sobre aquellas propuestas legislativas del Gobierno que, en su opinión, resulten inconsistentes con los derechos protegidos²⁰. Con ello se esperaba que la autoevaluación del ejecutivo, en combinación con el control parlamentario, fueran suficientes para asegurar la consistencia de la acción gubernamental con los derechos humanos.

Sin embargo, esta ley no logró satisfacer las expectativas que se habían depositado en ella²¹. Fue a partir de la Carta de Derechos y Libertades de 1982 (*the Charter*), de rango formalmente constitucional, y como consecuencia directa de la adopción por parte del Tribunal Supremo de una teoría robusta de la revisión judicial, que los proyectos y proposiciones de ley se empezaron a someter a un escrutinio constitucional mucho más riguroso por parte del legislativo. “El estatus constitucional de *the Charter* incrementa la relevancia de la evaluación política de las proposiciones legislativas a causa de las nuevas consecuencias que traen consigo las inconsistencias entre la legislación y los derechos protegidos”²². Los tribunales tienen, bajo la Carta constitucional, el poder no sólo de revisar la legislación, sino también de modificar o anular aquellas disposiciones legislativas que resulten contradictorias con los derechos y valores constitucionales. Esta amenaza cambió significativamente la sensibilidad de los legisladores a la hora de evaluar cómo afectaba la legislación a los derechos humanos.

Aunque la Carta constitucional no contiene ninguna obligación de examinar los proyectos de ley presentados e informar de cualquier inconsistencia, el Parlamento enmendó en 1985 la *Department of Justice Act* con objeto de introducir dicha obligación. En su sección 4.1(1), esta ley obliga al Ministro de Justicia (el cual “es *ex officio* el Fiscal General de Canadá”, según la sección 2(2)) a examinar todos los proyectos de ley que se introduzcan en el Parlamento con objeto de determinar si cualesquiera de sus disposiciones son inconsistentes con la Carta, debiendo certificar que los proyectos de ley han sido evaluados

²⁰ La sección 3 de la Carta canadiense de 1960 establece: “Cuando alguna de las disposiciones de una ley [...] se considere por el Ministro como inconsistente con los propósitos y las disposiciones de la Carta de Derechos, el Ministro informará por escrito de dicha inconsistencia a la Cámara de los Comunes [...] tan pronto como sea posible”.

²¹ Tan sólo en una ocasión el Ministro de Justicia hizo un informe para el Parlamento bajo la sección 3 de la Carta canadiense de 1960. Fue en 1975 con ocasión de una enmienda de la Ley de Alimentación (*Feeds Act*) que el gobierno introdujo en el Senado. Cuando se devolvió la ley a la Cámara de los Comunes, el Ministro de Justicia informó que la enmienda del Senado colisionaba con la presunción de inocencia y constituía una infracción de la Carta de Derechos, por lo que la sección se eliminó.

²² Hiebert (2002), 7.

de este modo, así como informar a la Cámara de los Comunes de cualquier inconsistencia que aparezca entre las disposiciones de un proyecto y los propósitos y disposiciones de la Carta. Para ello, existe desde 1982 la *Human Rights Section of the Department of Justice*, encargada de revisar la consistencia de la legislación con la Carta. Al mismo tiempo, el ministro responsable del proyecto legal tiene la obligación de presentar al Gobierno un memorándum en el que se establecen los objetivos e implicaciones de la propuesta legislativa, incluyendo la valoración de su consistencia con la Carta. No obstante, la obligación gubernamental de informar sobre cualquier violación de derechos se ha interpretado, en la práctica, como si todas las propuestas legislativas del Gobierno debieran ser ya compatibles con la Carta antes de llegar al Parlamento. Como consecuencia, ante la aparición de una inconsistencia, el proyecto se enmienda o se retira con anterioridad a su introducción en las Cámaras parlamentarias; si el Gobierno pretendiera introducir un proyecto de ley claramente inconsistente con la Carta que requiriese el preceptivo informe, el Ministro de Justicia se vería probablemente en la obligación de dimitir. Esto ha provocado que en la actualidad no se perciba como necesario el informe del Ministerio de Justicia sobre posibles inconsistencias con la Carta; de hecho, hasta ahora nunca se ha realizado este tipo de informe²³.

De este modo, el Ministerio de Justicia/Fiscal General se ha convertido en el principal contrapeso político frente al control judicial de constitucionalidad en Canadá. Desde principios de los años noventa, este Ministerio comenzó a abandonar un enfoque meramente reactivo frente las decisiones del Supremo relativas a la Carta, para pasar a ser “el arquitecto de un ejercicio proactivo de la acción gubernamental diseñado para limitar el riesgo de anulación judicial”²⁴. Como consecuencia, el Parlamento canadiense ha quedado relegado en su función de control de las leyes respecto a su posible interferencia en los derechos protegidos. Aunque el legislativo federal cuenta con dos comisiones para evaluar

²³ Gardbaum (2013), 103. Incluso aunque, como veremos, al menos en dos ocasiones se ha introducido legislación federal con el objetivo de revertir o revocar decisiones previas del Tribunal Supremo, en concreto los Bills C-72 (1995) y C-46 (1996) (respondiendo a las sentencias *R. v. Daviault* [1994] 3 SCR 63 y *R. v. O'Connor* [1995] 4 SCR 1411).

²⁴ Kelly (1999), 491. La tesis de Kelly es que la Carta constitucional ha transformado profundamente el proceso político a nivel federal en Canadá, provocando el reforzamiento del control político del ejecutivo sobre la maquinaria gubernamental y la dirección de la política pública, ibíd. 477. Según el autor, esto se debe a que los órganos que tradicionalmente fiscalizaban la acción gubernamental (fundamentalmente, la *Privy Council Office*, la *Prime Minister's Office*, la *Treasury Board Secretariat* y el *Department of Finance*) no están estructuralmente capacitados para servir de contrapeso al nuevo poder de revisión y revocación que tienen los tribunales de justicia bajo la Carta constitucional. El Ministerio de Justicia, en cambio, puede responder a los actores judiciales en este nuevo escenario con objeto de “asegurar que el ejecutivo siga siendo el centro del gobierno en Canadá, reduciendo la amenaza de anulaciones judiciales y marginando esta seria restricción sobre la agenda política del ejecutivo”, ibíd. 487.

regularmente las dimensiones constitucionales y legales de los proyectos de ley²⁵, la falta de una declaración ministerial sobre las implicaciones del proyecto respecto a los derechos protegidos, así como la ausencia de una asesoría jurídica independiente, hacen muy difícil la labor de control constitucional por parte de dichas comisiones parlamentarias²⁶.

La cooperación del ejecutivo (y, en menor medida, de los legislativos federal y provinciales) en la protección de los derechos se asienta fundamentalmente en la sección 1 de la Carta constitucional. Esta cláusula general de limitación refuerza la idea de que la protección de los derechos obliga a los poderes electos a participar en la determinación y aplicación de los derechos individuales, tomando en cuenta la dimensión constitucional de sus normas en las primeras etapas de la producción legislativa. Esta es una idea central del modelo colaborativo de protección de derechos.

La revisión política de constitucionalidad de las leyes se realiza usando el mismo tipo de razonamiento que emplea el Tribunal Supremo canadiense en la revisión de la legislación impugnada. Como veremos, el Tribunal aplica la sección 1 mediante una argumentación en dos etapas: analiza primero si existe una infracción de los derechos protegidos, para luego decidir si tal infracción puede salvarse adecuadamente con alguna justificación razonable. Para dicha justificación, resulta esencial tomar en consideración los problemas sociales a los que se dirige las disposiciones impugnadas, así como las medidas disponibles para atender a tales problemas. Este enfoque judicial asegura que los tribunales evalúan sistemáticamente si la legislación impugnada es tan importante como para restringir algún derecho y, si es así, si dicha legislación supone una restricción necesaria y no desproporcionada de los derechos. Según Jean Hiebert, la regularidad de este escrutinio judicial ofrece “un incentivo evidente” para realizar una evaluación política siguiendo el mismo esquema de razonamiento²⁷. Los gobiernos tienen un claro interés en defender con éxito las disposiciones legislativas que se impugnan judicialmente, por lo que estructuran conscientemente la evaluación de sus políticas públicas con la intención de anticipar las posibles objeciones de los tribunales. Lo cual ha producido un efecto de ‘activismo’ gubernamental en materia de derechos humanos. Allí donde parece improbable la aprobación judicial, los actores gubernamentales tratan de reunir un número suficiente de pruebas y razones para convencer a la judicatura de que la legislación tiene una justificación razonable a pesar de sus implicaciones adversas para los

²⁵ Estos comités son: *House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs* (antes conocido como *Justice and Human Rights*, y comúnmente llamado *the Justice Committee*) y *Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*.

²⁶ Hiebert (2004), 1971.

²⁷ *Ibid*, 1973.

derechos. Esta labor de justificación supone, como subraya Hiebert, una oportunidad para poder influir de manera efectiva en la opinión judicial a través de argumentos persuasivos, debates parlamentarios y técnicas de redacción de los textos normativos²⁸. Al ofrecer argumentos sobre la consistencia de la legislación con las normas constitucionales, los legislativos pueden ayudar a determinar el alcance de los derechos protegidos. Un rasgo fundamental del modelo colaborativo es que el parlamento asume (o debería asumir) un papel proactivo, no meramente reactivo, en la definición y avance de los derechos humanos.

b) En Nueva Zelanda

En la Carta de Derechos de Nueva Zelanda el papel cooperativo de los poderes orientados políticamente se asienta sobre la sección 5, que reproduce casi textualmente la sección 1 de la Carta canadiense de 1982. Sin embargo, como sabemos, la carta neozelandesa es un texto legal ordinario, que establece solamente una protección judicial ‘interpretativa’ de los derechos. Se confía, de este modo, en un escrutinio político de las leyes más estructurado y riguroso que el canadiense.

En principio, la Carta establece un proceso muy similar al que se sigue en Canadá. El Gobierno neozelandés, a través de la *Human Rights Unit* del Ministerio de Justicia, evalúa todos los proyectos de ley antes de llegar al Parlamento con objeto de determinar su consistencia con la Carta. Los proyectos promovidos por el propio Ministro de Justicia son evaluados por la *Crown Law Office*, asegurando así en todos los casos una evaluación externa²⁹. Cualquier inconsistencia que se detecte ha de ser comunicada al Fiscal General, quien, conforme a la sección 7 de la Carta, debe emitir un informe al Parlamento en la tramitación de un proyecto de ley sobre “cualquier disposición que parezca ser inconsistente” con alguno de los derechos protegidos.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Canadá, en Nueva Zelanda los informes del Fiscal General son una práctica habitual. Dichos informes suelen reproducir el consejo dado al Fiscal por parte de los asesores jurídicos del Ministerio de Justicia. Aunque el Fiscal sólo emite el informe cuando concluye que existe alguna inconsistencia con la Carta, el Gobierno tiene la costumbre de hacer público el consejo jurídico emitido al Fiscal General en todos los proyectos de ley³⁰. Además, el Ministro que promueve el proyecto de

²⁸ Ibid. Desarrollaré este punto en la sección D de este capítulo.

²⁹ *Cabinet Manual* 2008, www.cabinetmanual.cabinetoffice.govt.nz/files/manual.pdf, 91, [7.31] (11/08/16).

³⁰ Gardbaum (2014), 134.

ley tiene la obligación de realizar, con la ayuda de su asesoría jurídica, un informe en el que se identifiquen las posibles inconsistencias con la Carta, así como los pasos dados para afrontarlas o las razones que las justifican³¹. Por último, existe un documento oficial en el que se incluyen una serie de directrices generales (*‘the guidelines’*) que pretenden ayudar a los diversos agentes del sector público “en el proceso de integrar las consideraciones de derechos humanos [...] en el desarrollo de las políticas, la dirección de las prácticas operativas y en la prestación de servicios”³². Estas directrices están extraídas, en su mayor parte, de la jurisprudencia producida por los tribunales neozelandeses en la aplicación de la Carta desde su aprobación. Entre otras cosas, el documento sirve para orientar a los asesores jurídicos de las diversas agencias gubernamentales en la determinación de si las decisiones públicas producen o no limitaciones razonables en los derechos, así como para solventar las posibles discrepancias jurídicas entre las diversas fuentes evaluadoras, promoviendo el contacto y la cooperación entre los abogados de los diversos ministerios y los del Ministerio de Justicia.

Por otra parte, en Nueva Zelanda existe desde 1986 una comisión parlamentaria especial dedicada a promover la calidad y efectividad de la legislación; desde 2015, esta comisión se denomina *the Legislation Design and Advisory Committee*, y tiene el encargo de revisar las directrices generales establecidas en *Legislation Advisory Committee Guidelines on Process and Content of Legislation (2014 ed.)*. Estas directrices están diseñadas para que “las agencias gubernamentales que desarrollan legislación” sean capaces de “identificar y afrontar muchas de las cuestiones que surgen durante el proceso del desarrollo legislativo”. En relación a la Carta de Derechos Humanos (capítulo 5), este documento distingue, por un lado, la cuestión de si la medida escogida no impone ninguna limitación en algún derecho protegido, o al menos impone la menor limitación posible, y, por otro, la cuestión de cómo proceder y cuáles son las consecuencias de aprobar una medida que origina una limitación no justificada en un derecho. Respecto a la primera cuestión, la directriz es que “deben identificarse y considerarse las opciones alternativas para alcanzar el objetivo político que no originen ninguna limitación en los derechos de la Carta”, añadiendo que estas alternativas “pueden incluir la adopción de un enfoque legislativo diferente o recurrir a alternativas no

³¹ *Cabinet Manual* 2008, véase *supra* nota 29, 96 [7.62]. Para los detalles sobre los procesos legislativos, puede consultarse la web gubernamental *CabGuide*. *Guide to Cabinet and Cabinet Committee Processes*, <http://www.cabguide.cabinetoffice.govt.nz/legislation-process-legislation-papers> (26/08/16).

³² Se trata del documento *The Guidelines on the New Zealand Bill of Rights Act: A Guide to the Rights and Freedoms in the Bill of Rights Act for the Public Sector*. Wellington, Ministry of Justice (2004).

legislativas”³³. En los casos en que sea inevitable una limitación, “debe realizarse un análisis riguroso para identificar la menor limitación posible”. Las únicas limitaciones permitidas por la Carta son aquellas que “pueden justificarse en una sociedad libre y democrática”, y para determinar si una limitación cumple este requisito es preciso evaluar las políticas públicas y los principios jurídicos relevantes, por lo que se aconseja que los funcionarios trabajen conjuntamente con los asesores jurídicos al realizar sus estimaciones. Respecto a la segunda cuestión, es decir, en el caso de que la única medida disponible para alcanzar el objetivo político propuesto no pueda justificarse razonablemente, la directriz es que “debe usarse un lenguaje sin ambigüedades” que confirme la intención de aprobar una medida inconsistente con los derechos protegidos. La directriz recuerda que los tribunales no pueden invalidar o inaplicar la legislación inconsistente con la Carta, pero advierte que tal legislación “puede tener serias consecuencias” (aparte de la “publicidad negativa” que puede provocar el informe del Fiscal y el escrutinio parlamentario posterior, los tribunales “pueden criticar la inconsistencia en sus dictámenes” y, en definitiva, la legislación inconsistente con la Carta sitúa al país “en peligro de violar sus obligaciones internacionales de derechos humanos [...] exponiéndolo a cualesquiera sanciones aplicables”)³⁴.

Aunque la sección 4 de la Carta permite al legislador actuar de manera inconsistente con la Carta, el informe preceptivo del Fiscal General de la sección 7 trata de forzar a la *House of Representatives* a una discusión pública sobre los derechos fundamentales, requiriendo para su vulneración una explícita declaración en este sentido. No obstante, como señala Andrew Butler, el hecho de que el legislativo decida promulgar una ley en contra de la opinión del Fiscal no implica necesariamente que el legislador haya manifestado su intención de violar un derecho³⁵. Se entiende que el Parlamento puede no estar de acuerdo con el Fiscal respecto a la existencia de un conflicto con la Carta. De hecho, el informe del Fiscal no tiene implicaciones formales en el estatus del proyecto de ley, de modo que el legislativo es libre de otorgar la importancia que considere oportuna a dicho informe.

c) En Reino Unido

En Reino Unido, la sección 19 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*the United Kingdom Human Rights Act*) obliga al titular del ministerio de donde proceda la iniciativa

³³ Este documento puede consultarse en la página web de la Comisión <http://www.ldac.org.nz/> (26/08/16).

³⁴ El documento puede consultarse en la página web de la Comisión, <http://www.ldac.org.nz/> (26/08/16)

³⁵ Butler (1997) 336-337.

legislativa a declarar por escrito que dicho proyecto de ley es compatible con los derechos básicos “o que, a pesar de no poder realizar tal declaración, el Gobierno desea continuar no obstante con el proyecto de ley”. Esta revisión política se centra, fundamentalmente, en la probabilidad de que la ley, una vez aprobada, se impugne ante los tribunales nacionales o ante el Tribunal de Estrasburgo por no ser compatible con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Además, a diferencia de lo que ocurre en Canadá y Nueva Zelanda, en el Parlamento británico existe desde el año 2001 una comisión parlamentaria permanente, *the Joint Committee on Human Rights*, cuya función principal es informar a ambas cámaras sobre si las propuestas legislativas del Gobierno respetan plenamente los derechos del Convenio, los derechos y libertades fundamentales del *common law*, así como los derechos contenidos en otras obligaciones internacionales del Reino Unido, indicando, en su caso, aquellas disposiciones legislativas que producen dudas sobre su compatibilidad. Por último, desde 2007 existe también *the Equality and Human Rights Commission*, cuya principal función es asegurar que las autoridades públicas cumplen con la sección 6 de la Ley de Derechos Humanos, así como con la posterior *Equality Act 2010*.

Con anterioridad a la redacción formal de un proyecto de ley, el ministerio responsable de la propuesta ha de confeccionar, a través de su gabinete jurídico, un memorándum sobre las cuestiones referentes a la Ley de Derechos Humanos (*HRA Memorandum*). Este documento debe contener “una valoración sincera por parte del ministerio respecto a la vulnerabilidad del proyecto ante su posible impugnación en términos legales y políticos”. Más que un informe omnicompreensivo de la jurisdicción relevante, “lo que se requiere es un documento sucinto y claro acerca de las consideraciones sobre los derechos humanos y la justificación de cualquier interferencia en términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos”³⁶. El ministro en cuestión es el que ha de defender (“garantizando personalmente”) ante las cámaras legislativas la compatibilidad del proyecto con los derechos protegidos. En caso de no poder hacer esta declaración, “debe afirmar que, no obstante, el gobierno desea que la Cámara proceda con el proyecto; lo cual no equivale a una declaración positiva de que el proyecto es incompatible”³⁷. La declaración, en uno u otro sentido, debe realizarse antes de la “Segunda Lectura” ante ambas Cámaras legislativas, lo cual significa que “cuando el proyecto pase de una Cámara a la otra, deberá realizarse una segunda declaración, teniendo en cuenta las enmiendas hechas en la primera Cámara”.

³⁶ *Cabinet Office, Guide to Making Legislation* (Julio 2014), 11.104, puede consultarse en www.gov.uk/government/publications/guide-to-making-legislation (26/08/16).

³⁷ *Ibid.*, 11.108.

La única vez en que un ministro incluyó, al amparo de la sección 19, una “cláusula no obstante” (“*nevertheless statement*”) de incompatibilidad fue en relación a una disposición específica del *Communications Bill* de 2002 por la que se mantenía una prohibición general (en vigor desde 1927) de comprar tiempo de publicidad con fines políticos en radio y televisión³⁸. La aparente incompatibilidad de dicha disposición procedía de una sentencia de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso contra Suiza, en la que una prohibición general de la misma naturaleza se había declarado contraria al artículo 10 del Convenio (que reconoce el derecho a la libertad de expresión)³⁹. Después de varias rondas de correspondencia con ministros y tras dos informes sobre el proyecto, la Comisión Mixta para los Derechos Humanos resolvió finalmente que el Gobierno había respetado adecuadamente los derechos y que su acción era legítima. La ley (*Communications Act* 2003) se promulgó sin alterar en nada la mencionada disposición, que apareció como la sección 321(2)). Con posterioridad, la Cámara de los Lores confirmó la compatibilidad de dicha disposición con el artículo 10 del Convenio, después de que una ONG que pretendía emitir por televisión una campaña en defensa de los derechos de los animales hubiese impugnado la prohibición⁴⁰. Según la opinión unánime de la Cámara, la prohibición resultaba “necesaria en una sociedad democrática” y proporcionada, a pesar de la decisión previa del Tribunal Europeo. Su principal argumento se basó en que la prohibición del Gobierno trataba de evitar la distorsión de los debates en materias de interés público por efecto de un acceso desigual a los medios basado en el poder económico y, por tanto, proteger un pluralismo efectivo en el proceso democrático. La ONG demandante recurrió posteriormente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual volvió a dar la razón al Gobierno británico, reconociendo la falta de consenso en Europa sobre este tema y el “margen de apreciación” del que dispone el Gobierno a la hora de establecer regulaciones generales en materia de publicidad política⁴¹. El Tribunal Europeo consideró que las razones aducidas por el Gobierno para justificar la prohibición eran “relevantes” y “suficientes” y, por tanto, que la interferencia se correspondía con una “necesidad social apremiante” y era proporcionada con el fin legítimo perseguido (en concreto, lograba su objetivo con el “mínimo deterioro” del derecho de expresión⁴²). En orden a tomar esta decisión, el Tribunal

³⁸ Gardbaum (2013), 164.

³⁹ *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* [2001] ECHR 408.

⁴⁰ *R. (on the application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

⁴¹ *Animal Defenders International v. The United Kingdom* [2013] ECHR 362.

⁴² *Ibid.*, 117.

tuvo muy en cuenta el escrutinio previo de constitucionalidad llevado a cabo por el Gobierno y el Parlamento:

La prohibición fue pues la culminación de un escrutinio excepcional por parte de los cuerpos legislativos acerca de los aspectos culturales, políticos y legales de la medida como parte de un sistema regulatorio más amplio que gobierna la difusión del interés público en el Reino Unido, y todos los cuerpos concluyeron que la prohibición era una interferencia necesaria de los derechos del artículo 10⁴³.

Para el Tribunal Europeo, la exhaustiva evaluación política de la constitucionalidad de la ley explicaba “el grado de deferencia que mostraron los tribunales nacionales a la decisión del Parlamento”, y justificaba que el propio Tribunal orientase su sentencia otorgando un “peso considerable” a las razones del Gobierno⁴⁴.

Creo que merece la pena detenerse brevemente en el papel que juega la mencionada Comisión Mixta para los Derechos Humanos en el escrutinio político previo de constitucionalidad. En teoría, la función de esta Comisión no se reduce únicamente a controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley, sino que se extiende a facilitar el control parlamentario de toda la acción gubernamental en relación a los derechos humanos. La Comisión ayuda al legislativo, por ejemplo, a evaluar la adecuación de las respuestas gubernamentales a las declaraciones judiciales de incompatibilidad y a los juicios adversos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proponiendo posibles medidas reparadoras bajo la sección 10 de la Ley de Derechos Humanos. Asimismo, revisa el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Reino Unido incluidas en los tratados de derechos humanos, tratando de incrementar el papel del Parlamento tanto en la implementación de dichas obligaciones como en el escrutinio de los nuevos tratados con implicaciones en materia de derechos humanos antes de su ratificación.

En la práctica, sin embargo, el trabajo de la Comisión se ha centrado en el escrutinio de los proyectos de ley que llegan al Parlamento y de las declaraciones gubernamentales sobre compatibilidad que establece la sección 19. Según Murray Hunt, su actual asesor jurídico, la Comisión desarrolla dicha sección principalmente en dos sentidos. Primero, formulando por escrito al ministro responsable del proyecto cuestiones específicas acerca de las razones por las que considera que una medida particular es compatible con los derechos. En segundo lugar, promoviendo una mayor publicidad de tales razones a través de las notas explicativas que acompañan al proyecto de ley. A veces el Gobierno responde a las

⁴³ Ibid., 114.

⁴⁴ Ibid., 116.

cuestiones que plantea la Comisión aceptando que existe un problema de compatibilidad. En tales casos, el Gobierno o bien introduce una enmienda en el proyecto o, más frecuentemente, introduce ulteriores garantías procesales en las regulaciones que el proyecto en cuestión permite hacer al ministro⁴⁵.

Es más, según Hunt, la Comisión ha buscado constantemente refinar su enfoque en el control de constitucionalidad con objeto de hacer su trabajo más efectivo⁴⁶. En la actualidad, sus informes suelen sugerir las enmiendas del proyecto de ley que considera necesarias para llevar a la práctica sus recomendaciones. Al mismo tiempo, ha abandonado una visión exclusivamente centrada en la previsión de lo que los jueces podrían decir sobre la compatibilidad de una medida. En su lugar, expresa su propia opinión independiente sobre los asuntos políticos y morales que subyacen a las cuestiones de compatibilidad, por lo que tiende a enfocar su análisis en la evaluación de proporcionalidad.

Para Hunt, la labor de la Comisión ha servido para promover de manera efectiva el papel del legislativo en la protección de los derechos humanos. Su aportación ha logrado que los departamentos del gobierno sean más sensibles a los estándares de los derechos humanos, ayudando así a que disminuya el número de medidas legislativas que provocan cuestiones de incompatibilidad. Además, los informes de la Comisión se tienen cada vez más en cuenta en los debates parlamentarios sobre los proyectos de ley. Se ha convertido en una costumbre que el Gobierno responda a las críticas de la Comisión y que dicha respuesta esté a disposición del Parlamento cuando se debate el proyecto. Desafortunadamente, todavía no ocurre lo mismo en los procesos judiciales que conciernen a la compatibilidad de la legislación o de las acciones del ejecutivo. Los altos tribunales siguen sin hacer prácticamente uso de dichos informes. Lo cual provoca un desequilibrio en el esquema colaborativo que pretende establecer la Ley de Derechos Humanos. No se trata de que las opiniones de la Comisión tengan necesariamente algún derecho a reclamar deferencia de los tribunales, sino más bien que, “como producto de una cuidadosa deliberación entre un grupo de parlamentarios con una dilatada experiencia y capacidad en derechos humanos, se merecen ciertamente *algo* de respeto”⁴⁷. Los informes de la Comisión y sus apéndices contienen un extenso registro de las justificaciones públicas que ofrece el gobierno en relación a las interferencias legales sobre los derechos protegidos, así como los análisis correspondientes sobre la adecuación de dichas justificaciones. Por esta razón, se trata de un

⁴⁵ Hunt (2007), 473.

⁴⁶ Hunt (2010), 603.

⁴⁷ Hunt (2007), 474.

material que bien podría servir de ayuda a los tribunales a la hora de determinar cuestiones de compatibilidad.

Un trabajo empírico realizado bajo la dirección del propio Hunt revela que el Parlamento ha incrementado notablemente su atención sobre el trabajo de la Comisión desde 2005⁴⁸. En términos de lo que el grupo de investigación denomina “referencias sustantivas a los informes de la Comisión”, se ha pasado de las 23 referencias del período 2000-5 a las 1.006 de los años 2005-10⁴⁹. Este significativo incremento se debió, en parte, a los cambios que introdujo la Comisión a partir de 2006 en su forma de trabajar, con objeto de que sus informes resultaran más relevantes en los debates parlamentarios. Uno de esos cambios consistió en la estrategia de acompañar sus recomendaciones con las enmiendas legislativas necesarias para su realización efectiva⁵⁰. Durante el período 2005-10, la mayoría de los debates parlamentarios que incluyeron una extensa discusión sobre un informe de la Comisión se referían a proyectos de ley relativos a medidas antiterroristas, donde se incluían cuestiones como el período de retención sin juicio de sospechosos de terrorismo, órdenes de deportación que pueden ocasionar la tortura del sospechoso, así como el uso de las pruebas obtenidas mediante tortura⁵¹. En dicho período, muchas de las referencias a los informes de la Comisión en sede parlamentaria provocaron una respuesta sustantiva por parte de algún representante del gobierno, y al menos en 16 ocasiones éste decidió enmendar un proyecto de ley tomando como base las recomendaciones de tales informes⁵².

Un ejemplo relevante de la influencia de la Comisión en la acción legislativa fue precisamente en el marco de la legislación antiterrorista. En *A v. others* (conocido como el caso *Belmarsh*)⁵³, la Cámara de los Lores declaró que la sección 23 de la Ley antiterrorista (*Anti-terrorism, Crime and Security Act*) de 2001, por la que la policía podía retener indefinidamente a un extranjero sospechoso de terrorismo al que no era posible deportar, era incompatible con los artículos 5 y 14 del Convenio porque permitía la discriminación por razón de nacionalidad. Como respuesta a dicha declaración, el Parlamento, mediante la *Criminal Justice Act 2003*, eliminó las detenciones sin cargos indefinidas y estableció un límite máximo de 14 días. Posteriormente, en la *Prevention of Terrorism Act 2005*, el legislador estableció un régimen de “órdenes de control” por el que el Ministro del Interior y la policía podía imponer una serie de restricciones y obligaciones sobre lo que el individuo

⁴⁸ Los resultados de dicha investigación están recogidos en Yowell (2015).

⁴⁹ *Ibíd.* 143.

⁵⁰ *Ibíd.* 144.

⁵¹ *Ibíd.* 159.

⁵² *Ibíd.* 161.

⁵³ *A and others v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

podía usar o poseer, su lugar de trabajo o residencia, con quién hablar o dónde viajar. Al año siguiente, a través de la *Terrorism Bill* de 2006, el ejecutivo trató de ampliar el límite de detención sin cargos de los sospechosos de terrorismo de 14 días a tres meses. La Comisión Mixta de Derechos Humanos emitió entonces un informe en el que declaraba que esta medida era “claramente desproporcionada” y contraria al artículo 5 del Convenio europeo (el derecho a la libertad y a la seguridad personales), y que el gobierno no había logrado aportar evidencia suficiente que justificase la necesidad de extender el límite de los 14 días⁵⁴. A pesar de ello, la ley antiterrorista de 2006 extendió finalmente el plazo hasta los 28 días. Con posterioridad, en el *Counter-Terrorism Bill* de 2008, el Gobierno volvió a intentar ampliar el plazo, esta vez hasta los 42 días. La Comisión, en uno de los seis informes completos que realizó sobre este proyecto de ley, volvió a negar que el Gobierno hubiese probado satisfactoriamente un “crecimiento” de la amenaza terrorista que justificase una extensión en los límites de la detención sin cargos⁵⁵. No obstante, después de diez meses de intenso debate parlamentario, la *Counter-Terrorism Act* de 2008 extendió el límite del período de detención de 28 a 42 días.

Lo relevante para este estudio, sin embargo, no es el resultado final de estas deliberaciones, sino el procedimiento por el que se llevaron a efecto. Tanto en materia antiterrorista como en el caso de la *Communications Act* de 2003, la decisión final del legislativo se realizó tras una deliberación consciente de los derechos que estaban en juego, lo cual es precisamente el principal propósito de esta primera fase del modelo colaborativo.

d) En Australia

Bajo la *Australian Capital Territory Human Rights Act 2004*, el Fiscal General debe preparar una declaración de compatibilidad para cada nuevo proyecto de ley que se presente a la Asamblea Legislativa por un ministro, estableciendo si dicha disposición legislativa es consistente con los derechos humanos y, en caso negativo, en dónde radica su inconsistencia (sec. 37(2) y (3)). Asimismo, una comisión parlamentaria (*the ACT Standing Committee on Legal Affairs*) debe informar sobre las cuestiones de derechos humanos que planteen los proyectos de ley introducidos en la Asamblea Legislativa (sec. 38), y la *Office of Human Rights Commissioner* debe revisar las leyes con objeto de asegurar su cumplimiento de la *Human Rights Act*, así como para asesorar al Fiscal General sobre el funcionamiento de

⁵⁴ <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/75/75i.pdf>, 4 y 33 (26/08/16).

⁵⁵ <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/116/116.pdf>, 8 y 17 (26/08/16).

dicha ley (sec. 41)⁵⁶. En el informe preceptivo que se confeccionó a los cinco años de la entrada en vigor de la Carta, se recomendó (por su “papel educativo para la Asamblea”) que el Fiscal General incluyera en sus declaraciones de compatibilidad una exposición de razones con un claro análisis de proporcionalidad⁵⁷. Por otra parte, el mismo informe refleja que la comisión encargada del escrutinio legislativo ha adoptado como pauta no tomar una postura concluyente sobre si las limitaciones sobre derechos pueden considerarse justificadas conforme a la sección 28 de la Carta, dejando a la Asamblea la consideración de estas cuestiones⁵⁸. En términos generales, el informe concluye que la Carta ha servido “para mejorar la calidad de la producción legislativa en el Territorio”⁵⁹.

Bajo la *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, es el parlamentario que propone introducir un proyecto de ley el que debe realizar una declaración de compatibilidad, la cual debe incluir, en caso de compatibilidad, una exposición de las razones que avalan tal declaración, y en caso contrario, “la naturaleza y extensión de la incompatibilidad” (sec. 28(3)). Además, la comisión parlamentaria encargada del escrutinio de la legislación (*the Scrutiny of Acts and Regulations Committee*) debe informar al Parlamento de cualquier de proyecto de ley que platee problemas de incompatibilidad (sec. 30). Por otra parte, la Carta establece la obligación de realizar un informe sobre el funcionamiento de la misma durante los primeros cuatro años (antes del 1 de octubre de 2011), y otro después de ocho años (antes del 1 de octubre de 2015). En el primero de ellos, realizado por la comisión parlamentaria de revisión, se pudo constatar que el Gobierno del Territorio había auditado la mayoría de la legislación respecto a su compatibilidad con la Carta. El principal resultado de dicha auditoría fue la *Statute Law Revision (Charter of Human Rights and Responsibilities) Act 2009*, donde se enmendaron hasta once disposiciones en siete leyes⁶⁰. Asimismo, se creó una ‘Unidad de Derechos Humanos’ en el Ministerio de Justicia para ayudar al resto de los departamentos en el

⁵⁶ Por último, en el texto de 2004 existían dos últimas secciones que obligaban a realizar un informe sobre la efectividad de la ley después de doce meses (sec. 44) y a los cinco años de vigencia (sec. 44). El primer documento se realizó en junio de 2006, *Human Rights Act 2004. Twelve-Month Review — Report*, y puede consultarse en https://acthra.anu.edu.au/documents/HRA_twelve_month_review.pdf (12/08/16) y el segundo en mayo de 2009, *The Human Rights Act 2004 (ACT): The First Five Years of Operation*, http://www.justice.act.gov.au/resources/attachments/report_HumanRightsAct_5YearReview_ANU_20091.pdf (26/08/16). Éste último documento lo realizó la Universidad Nacional de Australia.

⁵⁷ *Ibíd.*, 35.

⁵⁸ *Ibíd.*, 30.

⁵⁹ Y añade: “El desarrollo de nuevas leyes por el ejecutivo se ha visto claramente condicionado por el requerimiento de producir una declaración de compatibilidad para cada nuevo proyecto de ley, y el enfoque del Gobierno ha venido determinado por un robusto diálogo con el legislativo, la Comisión de Escrutinio y el Comisario de Derechos Humanos”, *ibíd.* 27.

⁶⁰ *Scrutiny of Acts and Regulations Committee, Review of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, Melbourne, Victorian Government Printer (2011), 78-80.

desarrollo legislativo, y se redactaron unas directrices generales con este mismo fin⁶¹. Por último, en el segundo informe, realizado por el Fiscal General, se puso de manifiesto la importante tarea que realiza la comisión parlamentaria de revisión, señalando algunas recomendaciones de mejora — como, por ejemplo, un mayor tiempo de revisión, que permita una participación más amplia de las partes afectadas, así como una mejora en la calidad de las declaraciones de compatibilidad y una mayor transparencia del proceso de revisión⁶². Finalmente, se recomendó la eliminación del poder legislativo para incluir cláusulas revocatorias en las disposiciones legislativas⁶³.

C. La intervención supervisora de los tribunales

El tercer elemento estructural del modelo acontece en la fase de aplicación judicial. La intervención de los jueces se produce por la impugnación de una disposición legal o de un acto ejecutivo o administrativo, a causa de su supuesta inconsistencia con los valores y principios constitucionales. En esta sección veremos cómo los tribunales llevan a cabo la revisión de constitucionalidad, para lo cual estudiaremos la metodología de la proporcionalidad y, dentro de ella, el problema de la ‘intensidad’ que ha de tener el escrutinio judicial (es decir, la cuestión de la autorestricción o deferencia de los jueces hacia las decisiones del legislativo, el ejecutivo y la administración). En la sección siguiente estudiaremos los dos tipos de reparación judicial (*‘remedies’*) que permite el modelo en los casos de incompatibilidad: por una parte, mediante la inaplicación (o revocación) de las medidas impugnadas; por otra, a través de la corrección de tales medidas a través de una interpretación que logre ‘salvar’ su compatibilidad y, en caso de no ser posible dicha interpretación, mediante un ‘declaración de incompatibilidad’. En ambas secciones el estudio se centrará en la jurisprudencia de los Tribunales Supremos de Canadá y Reino Unido, pues ambos pueden considerarse los más proactivos en materia de derechos dentro de los países en donde opera el modelo colaborativo.

⁶¹ Ibid., 79, véase la *Charter of Human Rights and Responsibilities: Guidelines for Legislation and Policy Officers in Victoria* (2008), disponible en la página web de la Victorian Government Solicitor’s Office (VGSO), <http://humanrights.vgso.vic.gov.au> (26/08/16).

⁶² *From Commitment to Culture: The 2015 Review of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, Melbourne, Victorian Government Printer (2015), 173 y ss.

⁶³ Ibid., 196 y ss. Según el informe, esta autorización no sólo es innecesaria, sino que había sido ejercida de manera inadecuada. Desde la entrada en vigor de la Carta, ha habido dos declaraciones de revocación en el Territorio de Victoria (ambas relativas a la ampliación de los poderes de la policía para realizar registros aleatorios de armas) y, según el informe, en ninguna de las dos ocasiones se realizaron ‘en circunstancias excepcionales’, como explícitamente exige la Carta.

a) El análisis de proporcionalidad y la doctrina de la deferencia debida

El análisis de proporcionalidad es característico del razonamiento judicial en materia de derechos dentro del paradigma constitucional contemporáneo⁶⁴. A excepción de un pequeño número de derechos considerados cuasi-absolutos⁶⁵, la idea de proporcionalidad o *balancing* está en la definición misma de los derechos que ofrecen los tratados internacionales⁶⁶. Por este motivo, para determinar si un derecho protegido ha sido violado, se requiere un doble proceso. Los tribunales necesitan establecer, en primer lugar, si existe la vulneración de un derecho, para luego, en caso afirmativo, indagar si la limitación puede considerarse justificada razonablemente en una sociedad libre y democrática. La doctrina de la proporcionalidad en sentido amplio hace referencia “al conjunto de test o análisis dirigidos a establecer si una limitación de los derechos es justificable. Las limitaciones proporcionadas de derechos son justificables; las desproporcionadas no”⁶⁷. En la determinación de la existencia de un derecho vulnerado, la carga de la prueba corresponde al recurrente, pero una vez establecida la vulneración, la carga se invierte, y corresponde al representante del

⁶⁴ Existen numerosos análisis que tratan de explicar la forma en que la aplicación adecuada de un test de proporcionalidad requiere un análisis altamente estructurado y sofisticado, mucho más intrusivo que el que se requería bajo los fundamentos tradicionales de la *judicial review* de la acción administrativa. Véase, por ejemplo, Fordham y de la Mare (2001) y Feldman (1999).

⁶⁵ Lo cual no quiere decir que, en los casos de violación de derechos ‘no cualificados’, los tribunales deban aplicar un estándar de ‘corrección’ sustancialmente distinto al de proporcionalidad. Como veremos en la tercera parte de este trabajo, la proporcionalidad no impone un determinado grado de intensidad en la revisión judicial. Los derechos ‘no cualificados’ (como, por ejemplo, el derecho contra la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a un proceso equitativo o la prohibición de la discriminación) no pueden considerarse totalmente absolutos, puesto que su violación no excluye una ‘mínima deferencia’ judicial a la decisión parlamentaria o administrativa que produce dicha violación. Además, en dichos casos tampoco desaparece la necesidad que tiene el juez de plantearse la cuestión de si debe deferir más sustancialmente y en qué grado debe hacerlo.

⁶⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluye en su artículo 29(2) una serie de limitaciones al “ejercicio de los derechos y al disfrute de las libertades”: las “establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y se satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. En términos muy parecidos, el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, introduce limitaciones en sus artículos 12(3) (libertad de movimiento y residencia), 18(3) (“la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias”), 19(3) (libertad de expresión), 21 (derecho de reunión pacífica), 22 (libertad de asociación). Del mismo modo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 4 declara que “en el ejercicio de los derechos garantizados, [el Estado] podrá someter tales derechos, únicamente a limitaciones determinadas por Ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Por último, en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, los artículos 8-11 incorporan a la definición de los derechos una serie de cláusulas específicas de limitación muy similares a las de los pactos internacionales: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico, la defensa del orden público, la protección de la salud y de la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.

⁶⁷ Rivers (2006), 174.

Gobierno o a la autoridad pública justificar adecuadamente la disposición jurídica impugnada.

En Canadá, el Tribunal Supremo estableció esta metodología en el famoso caso *Oakes*, como el desarrollo natural de la exigencia de justificación establecida en la sección 1 de la Carta de derechos de 1982 (*the Charter*)⁶⁸. Según la exposición del juez presidente Dickson, la Carta requiere un “riguroso estándar de justificación” (“*stringent standard of justification*”) cuya estructura incluye cuatro componentes: en primer lugar, que la medida impugnada persiga un objetivo suficientemente importante, conectado con cuestiones “apremiantes y sustanciales” (*pressing and substantial*); segundo, que las medidas estén *racionalmente conectadas* con el objetivo (idoneidad); tercero, que las medidas causen *el mínimo daño* a los derechos (necesidad); y cuarto, que exista *proporcionalidad* “entre los efectos de las medidas que son responsables de limitar el derecho o libertad de la Carta, y el objetivo que se ha identificado como de ‘suficiente importancia’” (proporcionalidad *sensu stricto*)⁶⁹.

Sin embargo, poco después de *Oakes*, este riguroso estándar de revisión sufrió una progresiva evolución hacia una actitud más deferente a las decisiones de los poderes electos. Como sugiere la “narrativa dominante sobre el legado de *Oakes* y la renuncia a *Oakes*”, durante la década siguiente, el Tribunal se esforzó en “buscar criterios de deferencia, tratando de categorizar de un modo fiable y predecible los casos en que estaba justificada la deferencia y los casos en que no”⁷⁰. Siguiendo aquí a Sujit Choudhri, este giro hacia la deferencia puede explicarse, principalmente, como una respuesta racional ante la dificultad de aplicar el test de proporcionalidad en las condiciones de incertidumbre bajo las que se desarrolla normalmente la acción gubernamental. “*Oakes* creó un enorme dilema institucional al Tribunal, al establecer un conflicto entre la demanda de pruebas definitivas para cada etapa del test de la sección 1, y la realidad de la acción de gobierno en condiciones de incertidumbre factual”⁷¹. En efecto, la obligación del Estado de justificar las decisiones públicas que interfieren en los derechos protegidos implica tener que asumir el riesgo de la incertidumbre empírica en que se adoptan generalmente tales medidas. Pero, “puede ser simplemente imposible probar con certeza científica que los medios elegidos para combatir el problema lo harán realmente, y que otros medios menos intrusivos son igualmente

⁶⁸ *Oakes*, supra nota 7, 136 (juez Dickson).

⁶⁹ *Ibid.*, 138-139. En la tercera parte de este estudio veremos la genealogía alemana de esta metodología.

⁷⁰ Choudhry (2006), 503.

⁷¹ *Ibid.*

efectivos”⁷². En este sentido, el caso de *Edward Books* es especialmente relevante, puesto que “puso de manifiesto hasta qué punto el debate central en muchos casos de la sección 1 es la calidad del material probatorio”⁷³. Como consecuencia, el Tribunal comenzó a aplicar el análisis de proporcionalidad como un escrutinio dirigido a determinar únicamente la ‘razonabilidad’ de las medidas elegidas por los poderes electos. Por otra parte, las dificultades del Tribunal para definir y aplicar consistentemente categorías de casos según el grado de deferencia debida, provocaron el progresivo abandono de ese enfoque; en su lugar, los jueces comenzaron a aplicar un análisis de los ‘factores’ de deferencia que encontraban en el contexto de cada caso en particular. “La lección más general de *Oakes* es la necesidad de ajustar la revisión judicial al contexto único de cada caso”⁷⁴.

En el Reino Unido, el análisis de proporcionalidad se desarrolló en el ámbito del Derecho administrativo, como una evolución de la tradicional *judicial review* de los actos ejecutivos y administrativos. La primera y casi única sistematización por parte de los jueces británicos de dicho análisis se remonta a la sentencia en el caso *de Freitas*⁷⁵, donde el *Privy Council*, siguiendo los pasos de la jurisprudencia canadiense, estableció tres componentes de la revisión: el objetivo legislativo debe ser suficientemente importante, las medidas deben estar racionalmente conectadas con el objetivo, y los medios adoptados no deben ir más allá de lo necesario para su logro⁷⁶. Más tarde, en la célebre sentencia *Daly*⁷⁷, Lord Steyn afirmó que el análisis de proporcionalidad contiene unos criterios más “precisos y sofisticados”⁷⁸ que el análisis tradicional en la *judicial review* de la acción administrativa (el conocido como análisis *Wednesbury*), a pesar de lo cual los tribunales británicos no han considerado nunca esta nueva metodología de un modo sistemático, ni han intentado estructurarlo de un modo más detallado. En otra sentencia más reciente, *Huang*⁷⁹, la Cámara ha añadido la cuarta y última etapa del análisis de proporcionalidad (la proporcionalidad en sentido estricto).

⁷² *Ibid.*, 524.

⁷³ *Ibid.*, 504.

⁷⁴ *Ibid.*, 503.

⁷⁵ *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*, [1998] 3 WLR 675.

⁷⁶ *Ibid.*, [80].

⁷⁷ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26; [2001] 2 WLR 1622.

⁷⁸ *Ibid.*, [27].

⁷⁹ *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167, [20] (Lord Bingham).

i) Legitimidad

El componente inicial del análisis consiste en examinar si una ley o acto administrativo que limita un derecho constitucional persigue un objetivo que puede justificar dicha limitación. No implica ningún juicio de ponderación. Sirve simplemente como un umbral para el posterior escrutinio de la medida elegida por el legislador, el gobierno o la administración: si el tribunal comprueba que el propósito de la limitación no es suficientemente importante, no hay necesidad de seguir con el examen de la proporcionalidad de los medios⁸⁰. Por este motivo, en *Oakes*, el juez Dickson lo separó del verdadero análisis de proporcionalidad, que estructuró en tres etapas (racionalidad, necesidad y proporcionalidad *sensu stricto*). Con todo, Dickson quiso subrayar la importancia de este juicio previo, afirmando que dicho umbral no sólo exigía que el contenido del objetivo fuera adecuado y legítimo, sino que además tenía que tener un alto grado de apremio (*urgency*).

[Este] estándar debe ser elevado para garantizar que los objetivos triviales o discordes con los principios integrales de una sociedad libre y democrática no se benefician de la protección de la sección 1. Para que un objetivo pueda considerarse como suficientemente importante es necesario, como mínimo, que dicho objetivo tenga que ver con preocupaciones apremiantes y sustanciales en una sociedad democrática⁸¹.

Dickson siguió aquí el mismo criterio que había adoptado la mayoría del Tribunal apenas un año antes en *Big M*⁸². Sin embargo, en dicho caso, Dickson se había tenido que enfrentar a las críticas de la juez Wilson respecto a la importancia que debía otorgarse a este requisito. En *Big M*, el dueño del negocio ‘Big M Drug Mart’ había recurrido la *Lord’s Day Act* de 1906, que prohibía la venta en establecimientos públicos durante el domingo por ir en contra de la sección 2 de la Carta que garantiza la libertad religiosa. Los abogados del Estado replicaron que la ley sólo pretendía establecer un día común de descanso para promover los valores familiares y las actividades recreativas. En opinión de Dickson, que escribió la sentencia de la mayoría, el registro histórico indicaba sin lugar a dudas que el propósito del legislador era imponer una determinada práctica religiosa a todos los empleados de este tipo de establecimientos, por lo que dicha ley debía considerarse no aplicable sin mayor escrutinio. En contra de este enfoque, la juez Wilson señaló que lo

⁸⁰ Barak (2012), 246.

⁸¹ *Oakes*, supra nota 7, 138-139.

⁸² *R v Big M Drug Mart*, supra nota 1.

importante no era tanto el propósito de la ley, como los efectos que producía en las personas que practicaban el descanso semanal durante los sábados. Según este enfoque, aun suponiendo que el propósito fuera fijar un día común de descanso, la justificación de la medida impugnada dependía de que su interferencia en el derecho protegido fuera la mínima necesaria para lograr el objetivo propuesto⁸³.

Aunque en este caso no ganó el apoyo de la mayoría del Tribunal, éste último es el enfoque que ha acabado adoptando el Tribunal con posterioridad: la cuestión a revisar por lo general no es si el legislativo se planteó un objetivo legítimo, sino si, presuponiendo la legitimidad del objetivo, la disposición impugnada tiene el efecto de menoscabar indebidamente un derecho fundamental. Apenas un año después, en *Edward Books*, el Tribunal (con Dickson al frente), adoptó por unanimidad este enfoque para resolver un caso muy similar, lo que condujo, como veremos, a discutir el número de excepciones a la prohibición que podía considerarse adecuado para asegurar la mínima limitación necesaria⁸⁴.

ii) Idoneidad

El segundo componente exige que las instituciones políticas prueben que la medida impugnada está conectada racionalmente con el fin propuesto. La falta de conexión racional puede indicar, o bien que el objetivo que se alega no es el objetivo real de la medida restrictiva, o bien que la medida que se eligió es inefectiva o irracional⁸⁵. Un ejemplo de aplicación del test de conexión racional es precisamente *Oakes*. Asimismo, la Cámara de los Lores apreció esta variante de la desproporcionalidad en el famoso caso *Belmarsh*⁸⁶. Dado que ésta decisión judicial será objeto de un estudio detallado en otras partes de este trabajo, aquí nos centraremos únicamente en *Oakes*, y en la transformación que sufre dicha decisión en *Edward Books*.

David E. Oakes fue detenido por la policía de Londres, Ontario, con ocho gramos de hachís y más de seiscientos dólares en metálico. Se le acusó de posesión de drogas con la intención de venderlas de acuerdo con la Ley de Control de Drogas⁸⁷, en la que este delito podía llegar a suponer cadena perpetua. Dicha ley establecía, en su sección 8, un procedimiento doble para juzgar estos delitos: en primer lugar, el Estado debía probar más

⁸³ Sharpe y Roach (2003), 321-322.

⁸⁴ *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713.

⁸⁵ Kavanagh (2009), 235.

⁸⁶ *A.*, supra nota 53.

⁸⁷ *Narcotics Control Act*, RSC 1970, c. N-1.

allá de una duda razonable que el acusado estaba en posesión de estupefacientes en el momento de su detención y, una vez acreditado este hecho, el propio detenido tenía que probar que la finalidad de la posesión no era lucrativa. En el juicio, el abogado defensor de Oakes alegó la inconstitucionalidad de esta inversión de la prueba, como una cláusula contraria a la sección 11(d) de la Carta de 1982 (*the Charter*) que garantiza el derecho “a ser considerado inocente hasta que se demuestre conforme a Derecho su culpabilidad”. Los tribunales de primera instancia y de apelación dieron la razón a Oakes, entendiendo que una cláusula de inversión de la prueba sólo puede aceptarse cuando existe una conexión racional entre el hecho probado (la posesión) y el hecho supuesto (la intención de vender), y eso sólo ocurre cuando se trata de grandes cantidades. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, éste afirmó que la protección de la sociedad respecto a “las graves enfermedades asociadas con el tráfico de drogas” era un objetivo de suficiente importancia, pero que la medida legislativa (la inversión de la carga de la prueba) no estaba racionalmente conectada con ese objetivo. Según el Tribunal, sería irracional suponer que la posesión de una pequeña cantidad de droga presupone la intención de traficar con ella. Se trataba de una medida suprainclusiva (“*overinclusive*”)y, por este motivo, inconstitucional⁸⁸.

En *Edwards Books*, el Tribunal citó *Oakes* como precedente, pero aplicó el test de proporcionalidad de un modo bien distinto. En concreto, la mayoría de los magistrados optaron por aplicar con menor intensidad el test de la conexión racional. En este caso, la disposición impugnada era una ley de Ontario (la *Retail Business Holidays Act*) que prohibía abrir los comercios en domingo, pero excluyendo de dicha prohibición a los comerciantes al por menor que cerraran los sábados⁸⁹. Dado que en *Oakes* el Tribunal había interpretado el requisito de la conexión racional entre medios y fines de modo que se impidiese la suprainclusión legislativa, parecía lógico esperar la aplicación del mismo criterio en los casos de infrainclusión. *Edward Books* presentaba dos desconexiones entre el objetivo legislativo y el medio elegido para lograrlo: mientras el fin propuesto era ofrecer un día común de descanso, la legislación sólo se aplicaba al sector minorista, e, incluso dentro de este sub-grupo, incluía importantes excepciones. A pesar de ello, el Tribunal entendió que dicha limitación en el alcance de la ley estaba justificada, argumentando que un legislativo (el de Ontario) podía restringir su acción a aquellos sectores “en los que parece haber problemas particularmente urgentes o grupos de personas que parecen especialmente necesitados”, y, en general, que “las opciones legislativas respecto a las distintas formas de

⁸⁸ *Oakes*, supra nota 7, 141-142.

⁸⁹ *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453.

regular el comercio [...] no necesitan ajustarse con gran precisión para superar la revisión judicial”, dado que “la simplicidad y la conveniencia de la administración son preocupaciones legítimas”⁹⁰.

iii) Necesidad

Cuando la cuestión no es el propósito de la ley, sino los efectos que produce, entra en juego el tercer componente del análisis: el test de la ‘intrusión mínima’ (*‘minimal impairment’*) o de ‘los medios menos perjudiciales’ (*‘less restrictive means’*). Este test de proporcionalidad presupone que el uso del medio elegido por las instituciones políticas es necesario únicamente si no existe otra medida que permita lograr el mismo objetivo, pero con una restricción menor del derecho en cuestión. Por lo tanto, el test de necesidad no exige el uso de medios menos restrictivos, si esto supone no alcanzar el objetivo propuesto con la misma efectividad que el medio elegido por el agente decisor principal⁹¹.

En *Edwards Books* (apenas diez meses después de *Oakes*), el Tribunal estableció un enfoque de este test que marcaría la futura metodología de la interpretación constitucional en Canadá. Bajo este enfoque, el test de la necesidad sólo requiere que la medida impugnada interfiera en los derechos protegidos “lo menos *razonablemente* posible”; la cuestión no es, por tanto, si existe una medida alternativa menos restrictiva e igualmente efectiva, sino “si hay algún esquema alternativo *razonable*”⁹². En la sentencia, el juez Dickson, en nombre de la mayoría, aclara que la condición del mínimo daño no siempre requiere que la legislación perjudique los derechos y libertades en la menor medida posible. Por ello, si se comprueba que el legislativo ha intentado “seriamente aliviar los efectos de esas leyes sobre los observadores del sábado”, entonces la ley puede considerarse justificada. A juicio de la mayoría, la excepción prevista en la ley para los pequeños comercios representaba un “esfuerzo satisfactorio” por parte del legislativo con vistas a dicho fin, por lo que la medida resultaba permisible y debía respaldarse⁹³. De este modo, la mayoría, conducida por Dickson, reestructuró la prueba del mínimo daño, haciendo que pudiera superarse con tal de que se diera algún acomodo a los derechos individuales. La pequeña tienda ‘Edward Books’

⁹⁰ *Edwards Books*, supra nota 84, 772, 773.

⁹¹ Así lo estableció expresamente el Tribunal Supremo de Canadá en *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 SCR 199, 305: “El requisito de la intrusión mínima no impone al gobierno la obligación de emplear los medios menos restrictivos disponibles. Por el contrario, sólo le exige que demuestre que la medida empleada fue la menos intrusiva, a la luz del objetivo legislativo y del derecho infringido.”

⁹² *Edwards Books*, supra nota 84, 772 (énfasis añadido).

⁹³ *Ibid.*, 782.

era demasiado grande para satisfacer los requisitos de tamaño que exigía la ley para quedar exento de la prohibición de abrir los domingos; pero, según el Tribunal, una vez aceptada la legitimidad del objetivo que se perseguía con la prohibición, había que dejar al legislador la libertad de decidir cuál era el “límite razonable” de dicha medida. “Los tribunales no están llamados a sustituir las opiniones del legislativo en lo referente al lugar en donde trazar una línea precisa”⁹⁴. No obstante, en su voto disidente, la juez Wilson afirmó en solitario que la aplicación estricta del análisis del mínimo daño obligaba al legislativo de Ontario a proteger la libertad religiosa de todos aquellos que deseaban observar un *sabbath* diferente, no sólo la de los que descansaban el sábado. Citando a Ronald Dworkin, la jueza afirmó que la limitación que producía la ley en la libertad religiosa no estaba basada en la igualdad de consideración y respeto, puesto que reconocía la libertad religiosa de algunos, pero no la de otros, por lo que no podía considerarse razonable y justificada en una sociedad libre y democrática⁹⁵.

En *Irwin Toy* y casos subsecuentes, el Tribunal continuó su inclinación hacia la deferencia⁹⁶. “El test *Oakes* tenía que aplicarse de un modo pragmático con la intención de proporcionar un margen razonable de elección legislativa”⁹⁷. En *Irwin* se impugnaba una ley de Quebec que prohibía cualquier publicidad dirigida a niños menores de trece años⁹⁸. El Tribunal aplicó el test del mínimo daño a partir de una serie de distinciones categóricas (entre ellas, la división fundamental entre la legislación penal y la no penal) que permitían identificar los casos en los que la sección 1 imponía la deferencia judicial y aquellos otros en los que no. En concreto, el Tribunal distinguió entre, por un lado, los casos en que el Estado actuaba para proteger a los grupos vulnerables o asignaba recursos escasos y, por otro, los casos en que el Estado actuaba como “el único antagonista del individuo cuyos derechos han sido vulnerados”. El recurso que planteó la empresa *Irwin Toy* pertenecía a la primera categoría, por lo que el Tribunal debía limitarse a exigir al Gobierno “una base *razonable*, según la evidencia aportada, para concluir que la prohibición sobre toda la publicidad dirigida a niños deteriora[ba] la libertad de expresión lo mínimo posible dado los objetivos apremiantes y sustanciales del gobierno”⁹⁹. Por el contrario, en Derecho penal y en las protecciones procedimentales propias del contexto judicial penal, el poder judicial es un actor central del Estado, debido a su “acumulada experiencia en tratar con estas cuestiones”,

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*, 808-809.

⁹⁶ *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* [1989] 1 SCR 927.

⁹⁷ Sharpe y Roach (2003), 354.

⁹⁸ *Consumer Protection Act*, RRQ, c. P-40.1., secciones 248 y 249.

⁹⁹ *Irwin*, *supra* nota 96, 993, 994 (jueces Dickson, Lamer y Wilson, énfasis añadido).

relativas a “mantener la autoridad e imparcialidad del sistema judicial”¹⁰⁰. Como consecuencia, el Tribunal permitió al legislativo de Quebec prohibir la publicidad dirigida a todos los niños, aunque existía la evidencia de que el mayor nivel de manipulación se daba por debajo de los siete años.

Esta distinción explicaba la diferencia de enfoque del Tribunal en *Oakes* (un caso de Derecho penal) y *Edward Books* (relativo a la regulación del sector del comercio minorista). En un sentido parecido, el Tribunal distinguió en *McKinney* entre los casos de Derecho penal y aquellos otros en donde existe un conflicto de intereses¹⁰¹. En este caso, el Tribunal rechazó el recurso de un profesor universitario según el cual la jubilación prescriptiva a los 65 años constituía una discriminación no justificada por razón de edad. Los jueces Dickson, La Forest y Gonthier argumentaron que

en cuestiones de este tipo, donde la evidencia de la ciencia social es controvertida, el Tribunal debe considerar si el gobierno tuvo una *base razonable* para concluir que la legislación deterioró el derecho relevante tan poco como era posible dado los objetivos apremiantes y sustantivos del gobierno [...] En general, los tribunales no deben usar la Carta para hacer un juicio legislativo alternativo (*a second-guess legislative judgment*) sobre cómo avanzar más rápidamente hacia el ideal de igualdad¹⁰².

Otro de los criterios empleados por el Tribunal canadiense fue la distinción entre las partes esencial y periférica de los derechos constitucionales. Este criterio se usó para distinguir, en el contexto de la libertad de expresión, aquellos casos en los que las expresiones eran periféricas a los intereses protegidos por la sección 2(b) (en donde los jueces debían deferir al criterio del legislativo)¹⁰³, frente a los casos en los que la expresión era central a dichos intereses (como el discurso político), en donde no cabía deferencia alguna.

En *RJR-MacDonald*, sin embargo, el Tribunal pareció abandonar estas distinciones y su propensión hacia la deferencia¹⁰⁴. Por una decisión de 5 sobre 4, el Tribunal sostuvo que el Gobierno no había justificado la disposición legal que prohibía toda publicidad sobre la venta de tabaco, ni tampoco el requisito de colocar en los paquetes de cigarrillos avisos

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *McKinney v. University of Guelph* [1990] 2 SCR 229.

¹⁰² *Ibid.*, 236, 237 (énfasis añadido).

¹⁰³ Como, por ejemplo, los mensajes comerciales (*Irwin*), el denominado *hate speech* (*R. v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* [1990] 3 SCR 892; *Ross v. New Brunswick School District No. 15* [1996] 1 SCR 825), la difamación (*Hill v. Church of Scientology* [1995] 2 SCR 1130; *R. v. Lucas* [1998] 1 SCR 439) y los mensajes sexualmente explícitos (*R. v. Butler* [1992] 1 SCR 452; *R. v. Sharpe* [2001] 1 SCR 45; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* [2000] 2 SCR 1120).

¹⁰⁴ *RJR-MacDonald Inc.*, *supra* nota 91.

anónimos sobre las consecuencias dañinas del tabaco y una lista de sus componentes tóxicos¹⁰⁵. Como señalaron los jueces, tanto de la mayoría como del voto disidente, la legislación impugnada suponía simultáneamente una medida de Derecho penal, puesto que imponía restricciones a la publicidad de tabaco con sanciones penales para los infractores, y un equilibrio de intereses en conflicto. El juez La Forest citó como intereses relevantes: “la medicina, el transporte, la publicidad, los derechos de los fumadores, los derechos de los no fumadores, y la producción de tabaco”¹⁰⁶. En su voto disidente, La Forest se apoyó básicamente en *Irwin Toy* para defender que el Tribunal debía deferir a favor del legislativo. La juez McLachlin, en cambio, en nombre de la mayoría, reconoció que “dichas distinciones pueden no ser siempre fácilmente aplicables [...] el Derecho penal se suele concebir como un conflicto entre el Estado y el acusado, pero implica también una asignación de prioridades entre el acusado y la víctima, real o potencial”¹⁰⁷. En definitiva, el Derecho penal necesariamente tiene que equilibrar los intereses en conflicto de víctimas y acusados.

A pesar de estas consideraciones, la mayoría decidió dejar sin efecto las restricciones legales sobre la publicidad de tabaco, lo cual, sin embargo, no supuso el abandono por parte del Tribunal del enfoque deferente. La juez McLachlin afirmó que “el contexto, la deferencia y un estándar de prueba flexible y realista son aspectos esenciales del análisis de la sección 1”, pero que, no obstante, estos factores no descargaban al Estado de “la obligación que impone la Carta de demostrar que los límites establecidos sobre nuestros derechos y libertades constitucionales son *razonables y justificables* en una sociedad libre y democrática”¹⁰⁸. El Tribunal debía exigir al Parlamento y al Gobierno que demostrasen sus propias conclusiones sobre la proporcionalidad de la legislación. De este modo, siguiendo el criterio de *Edward Books* e *Irwin*, la juez afirmó:

El proceso de ajuste raramente admite perfección y los tribunales deben acordar algún margen al legislador. Si la ley cae dentro de un conjunto de alternativas razonables, los tribunales no la encontrarán excesiva únicamente porque pueden concebir una alternativa capaz de ajustar mejor el objetivo a la infracción [...] Por otra parte, si el gobierno no logra explicar por qué eligió otra medida significativamente menos intrusiva e igualmente efectiva, la ley puede fracasar¹⁰⁹.

En este caso, el Tribunal consideró inaceptable que el Gobierno no hubiera siquiera

¹⁰⁵ *Tobacco Products Control Act*, SC 1988, c. 20, secciones 4 y 5 (publicidad de productos del tabaco), secciones 6 a 8 (actividades que promocionan productos del tabaco) y 9 (etiquetado).

¹⁰⁶ *RJR-MacDonald Inc.*, supra nota 91, 278.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 332.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 333 (énfasis añadido).

¹⁰⁹ *Ibid.*, 342-343.

intentado explicar por qué no eligió una medida menos intrusiva e igualmente efectiva. Según los jueces McLachlin y Iacobucci, el Gobierno había decidido no mostrar al Tribunal sus propios estudios sobre la efectividad de prohibiciones menos drásticas que las planteadas en la ley. El juez Iacobucci afirmó que “el Fiscal General de Canadá eligió retirar del registro factual la evidencia relativa a las opciones que habían sido consideradas como alternativas a la prohibición total que finalmente se eligió”¹¹⁰. Si el Gobierno hubiera sido más diligente, cabe pensar que el Tribunal hubiera mantenido probablemente la prohibición impugnada. Así lo sugiere el hecho de que el Tribunal reconoció que otras medidas menos intrusivas (como, por ejemplo, circunscribir la prohibición a la publicidad relativa a estilos de vida) no tendrían la misma efectividad en el logro de los objetivos propuestos.

El enfoque centrado en la distinción de categorías de casos fue abandonado por el Tribunal a partir de *Thompson Newspapers* en 1998¹¹¹. Después de muchos años utilizándolo y comprobando los múltiples problemas que generaba, la mayoría del Tribunal lo abandonó afirmando que “nada [...] sugiere que haya una categoría de casos en la que se aplique un estándar más bajo de justificación bajo la sección 1, y otra categoría en la que se aplique un estándar más alto”¹¹². Sin embargo, aunque se abandonó la búsqueda de categorías generales, el Tribunal canadiense ha seguido usando los criterios sobre los que descansaban tales categorías, empleándolos ahora como ‘factores’ de deferencia que dirigen, pero no determinan, el enfoque judicial en los casos concretos. Dichos factores son los que los jueces deben ponderar y calibrar en el contexto específico de cada caso concreto, “sin tener ningún criterio claro respecto a sus relaciones mutuas y prioridad relativa”¹¹³. El contexto aparece, por tanto, como la piedra angular de la demostración requerida por la sección 1 de la Carta. En palabras del juez Bastarache, “caracterizar el contexto de la disposición impugnada es importante con objeto de determinar el tipo de prueba que un tribunal puede demandar del legislador para justificar sus medidas bajo la sección 1. Esta cuestión afecta [...] por entero al análisis de la sección 1”¹¹⁴.

En definitiva, para el Tribunal Supremo canadiense el estándar de razonabilidad es, en general, el más apropiado para la revisión judicial en el test de necesidad. Los tribunales, por tanto, una vez que reconocen que el juicio del legislativo es razonable, no deberían tratar de sustituir la opinión del legislativo por la suya propia con respecto a si la medida fue de

¹¹⁰ Ibid., 352.

¹¹¹ Choudri (2006), 521.

¹¹² *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)* [1998] 1 SCR 877, 942.

¹¹³ Choudri (2006), 521.

¹¹⁴ *Thomson Newspapers*, supra nota 102, 939.

hecho necesaria para promover el objetivo propuesto¹¹⁵. Sólo cuando el tribunal encuentre que existe otra medida “significativamente menos intrusiva e igualmente efectiva”, puede intervenir y aplicar un criterio de corrección. En *Sharpe*, el Tribunal estableció dicho estándar del siguiente modo:

Este Tribunal ha establecido que ofrecer una justificación no es necesariamente mostrar que el Parlamento ha adoptado el medio menos restrictivo para alcanzar su propósito. Es suficiente si la medida adoptada cae dentro de un rango de soluciones razonables al problema en cuestión. La disposición legal debe estar *razonablemente* ajustada a su objetivo; y no debe perjudicar al derecho más de lo *razonablemente* necesario, habiendo considerado las dificultades prácticas y las tensiones en conflicto que deben tenerse en cuenta¹¹⁶.

Para evaluar qué es ‘razonable’, los tribunales deben atender al contexto específico de cada caso. El contexto ofrece los factores relevantes para calibrar el grado de deferencia debida a la decisión legislativa. A su vez, el contexto y el nivel adecuado de deferencia determinan el tipo de prueba que debe aportar el defensor de la disposición impugnada para demostrar que se trata de un medio ‘razonablemente’ necesario para alcanzar el objetivo propuesto. Para lo cual, como ha señalado recientemente la juez McLachlin en *Hutterian Brethren*, el tribunal no debería aceptar una formulación tan precisa del objetivo que acabe en la práctica inmunizando la medida frente al test de necesidad. Aunque el gobierno y el legislativo merecen deferencia en la formulación de sus objetivos, dicha deferencia “no es ciega o absoluta”. Por tanto, el test del mínimo daño consiste en averiguar “si existe una medida alternativa, menos drástica de alcanzar el objetivo de un modo genuino y sustancial”¹¹⁷.

En el Reino Unido, la proporcionalidad también ha tenido su mayor desarrollo en esta etapa del análisis. El test de la mínima intrusión o de los medios menos perjudiciales es el que usó el *Privy Council* en *de Freitas* (donde aparece, como vimos, la primera y casi única sistematización del análisis de proporcionalidad) para declarar desproporcionada una medida legislativa que prohibía a los funcionarios expresar cualquier opinión sobre cuestiones controvertidas de política nacional o internacional, con el fin de mantener la apariencia de imparcialidad y lealtad de los servidores públicos¹¹⁸. Aunque el objetivo se consideró legítimo (mantener la neutralidad de los funcionarios públicos), y la restricción

¹¹⁵ Gardbaum (2007), 850.

¹¹⁶ *R. v. Sharpe* [2001] 1 SCR 45, [96] (juez McLachlin, énfasis en el original).

¹¹⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 RCS 597, [55].

¹¹⁸ Sección 10(2)(a) de la *Civil Service Act* (1984) de Antigua y Barbuda.

impuesta sobre la libertad de expresión resultaba racionalmente conectada con el objetivo, la medida no superaba el test de necesidad. En lugar de diferenciar entre tipos de funcionarios, el legislativo iba demasiado lejos aplicando una restricción tan severa a todos los funcionarios en todos los ámbitos.

En el renombrado caso *Daly*, la cuestión era la legalidad de una medida administrativa por la cual los funcionarios de prisiones podían examinar, sin la presencia de los presos, la correspondencia que éstos mantenían con sus abogados¹¹⁹. La Cámara de los Lores reconoció por unanimidad que esta medida violaba el derecho a la confidencialidad de la correspondencia establecido en el artículo 8(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A continuación, Lord Bingham, en nombre de la mayoría, negó que el Gobierno hubiese justificado adecuadamente la exclusión rutinaria de los presos cuando se realizaban las inspecciones. Aunque en ciertos casos puede ser necesaria dicha exclusión de cara a mantener la seguridad en las cárceles y prevenir la delincuencia, se consideró injustificado aplicar esta medida de manera general. “La infracción de los derechos de los presos a mantener la confidencialidad de su correspondencia legal protegida va más allá de lo que parece necesario con objeto de servir a los legítimos objetivos públicos” mencionados¹²⁰.

Frente a los problemas que plantea el test de la intrusión mínima, los jueces británicos han empleado con frecuencia la misma estrategia que el Tribunal Supremo de Canadá. Así, en *Wilson v First County Trust (No 2) Ltd*, por ejemplo, Lord Nicholls afirmó que, en el contexto de la legislación sobre el consumo a crédito, el tribunal no debería analizar las alternativas sino únicamente la disposición y su objetivo público, “y considerar si la disposición se impone de manera tan injusta sobre el recurrente que no estaba al alcance del Parlamento adoptar dicha disposición, ni siquiera como parte de un paquete global”¹²¹. En *R (Williamson) v Secretary of State for Education*, en el contexto de la impugnación de los castigos corporales en los colegios, el mismo juez afirmó que “se debe acordar al legislativo un grado considerable de discrecionalidad (*latitude*) al decidir qué curso de acción debe seleccionarse como la mejor medida al servicio del interés de los escolares”¹²².

En esta misma tendencia a deferir al juicio del legislativo en la elección de los medios adecuados en cuestiones de políticas públicas, la Cámara de los Lores ha solido

¹¹⁹ *Daly*, supra nota 77. La medida administrativa impugnada, establecida bajo la sección 47(1) de la *Prison Act* de 1952, se encontraba en el *Security Manual* que el Ministerio de Interior había emitido para dar instrucciones a los directores de los centros penitenciarios.

¹²⁰ *Ibid.*, [19].

¹²¹ *Wilson v First County Trust (No 2) Ltd* [2001] EWCA Civ 633, citado en Hickman (2010), 186.

¹²² *R (Williamson) v Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15, citado en Hickman (2010), 186.

entender que una medida es proporcional si el Gobierno ha tenido en cuenta los derechos individuales, aunque la medida no fuera la menos perjudicial de las disponibles. Así, por ejemplo, en *R v Shayler*¹²³ mantuvo la prohibición penal de publicar cualquier información obtenida por los miembros de los servicios de seguridad en el curso de su trabajo, aunque la confidencialidad y la seguridad nacional podían haber sido protegidas por medios menos intrusivos para la libertad de expresión. Los Lores creyeron que se había dado suficiente acomodo a la mencionada libertad, quedando justificada la prohibición bajo el amparo del artículo 10(2) del Convenio.

Otras veces, la Cámara de los Lores ha definido el legítimo objetivo público de forma muy específica, pegada a los efectos que la medida legislativa o administrativa deseaba lograr. Esto permite justificar fácilmente la medida elegida, pues basta afirmar que el objetivo no podría haberse logrado con otras medidas y, por tanto, que no había disponible otros medios alternativos menos perjudiciales. Este enfoque puede encontrarse en *Smith v Secretary of State for Trade and Industry*¹²⁴ y *R (Countrywide Alliance) v Attorney-General*¹²⁵. Sin embargo, un enfoque semejante deja el resto del análisis de proporcionalidad sin función alguna. Al identificar de un modo tan específico el fin legítimo, es casi inevitable que la única medida que pueda alcanzar dicho fin sea la medida efectivamente adoptada. El hecho de que el objetivo se considere legítimo resolverá esencialmente la cuestión de la proporcionalidad porque el objetivo es alcanzar precisamente el resultado que se ha obtenido.

iv) Proporcionalidad *sensu stricto*

El último componente trata de determinar la proporcionalidad de los efectos mediante un análisis de costes y beneficios. Ha sido y es objeto de controversia dentro del constitucionalismo colaborativo. Dicho test ha sido elaborado por la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea¹²⁶ y por el Tribunal Constitucional alemán; como veremos en la tercera parte de este trabajo, se ha convertido en el test central del modelo europeo de revisión. En el ámbito del *common law*, sin embargo, los jueces reconocen este componente como la última fase del análisis de proporcionalidad, aunque existe una importante renuencia a su uso por considerarlo como una invasión difícilmente justificable en la esfera

¹²³ *R. v. Shayler* [2002] UKHL 11.

¹²⁴ *Smith v Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 1013 (Admin.), [2008] 1 WLR 394.

¹²⁵ *R (Countrywide Alliance) v Attorney-General* [2005] EWHC 1677 (Admin.), [2007] UKHL 52.

¹²⁶ Craig (2004), 342.

del legislativo. En Canadá fue incluido por el juez Dickson en *Oakes* como el último paso del test de proporcionalidad, justificándolo en los siguientes términos:

Incluso si un objetivo es de suficiente importancia, y los dos primeros elementos del análisis de proporcionalidad se cumplen, todavía es posible que, dada la severidad de los efectos deletéreos de una medida sobre los individuos o grupos, la medida no esté justificada para los propósitos que pretende servir. Cuanto más severos sean los efectos perjudiciales de una medida, más importante debe ser el objetivo para que la medida pueda considerarse razonable y probadamente justificada en una sociedad libre y democrática¹²⁷.

Es decir, aunque la medida se entienda racionalmente conectada a un objetivo legítimo, y se aprecie su necesidad para la satisfacción de dicho objetivo, el impacto en conjunto sobre los derechos individuales puede ser desproporcionado con respecto al beneficio que se obtiene de ellos. De ahí que quepa afirmar que la noción de una *ponderación equitativa entre intereses en competencia* está en el corazón del enfoque que el juez Dickson dio a la sección 1 de la Carta. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina canadienses han preferido desarrollar esta ponderación de intereses dentro del test de necesidad, tendiendo a considerar la proporcionalidad en sentido estricto como redundante, como un test sin función propia una vez que se satisfacen adecuadamente los anteriores. Para Hogg, esta etapa en esencia duplica el análisis correspondiente a la primera etapa acerca de si el objetivo es un propósito acuciante y sustantivo. Si una ley tiene un objetivo suficientemente importante para limitar un derecho constitucional, y se ha probado que lo hace de un modo que está racionalmente conectado al objetivo y produciendo el mínimo daño en el derecho, Hogg se pregunta retóricamente cómo pueden los efectos de la ley ser desproporcionados con respecto al objetivo. En su opinión, cuando se considera que el objetivo de una ley es acuciante y sustancial en la primera etapa de *Oakes*, entonces se debe concluir necesariamente que sus efectos son proporcionados. La ponderación real debe hacerse en el test del mínimo daño y, en menor medida, en el de la conexión racional¹²⁸.

Actualmente, sin embargo, el Tribunal Supremo canadiense reconoce y aplica los cuatro componentes del análisis de proporcionalidad. En *Thomson Newspaper Co.*, el juez Bastarache afirmó en nombre de la mayoría que la proporcionalidad en sentido estricto “cumple un papel fundamentalmente distinto” a los anteriores. Mientras el objeto de los dos componentes previos (conexión racional y necesidad) es la relación entre los fines de la legislación y los medios empleados, el objetivo de la proporcionalidad en sentido estricto es

¹²⁷ *Oakes*, supra nota 7, 140.

¹²⁸ Hogg (2007), vol. 2, sec. 38.12.

la relación entre las medidas impugnadas y el derecho constitucional en cuestión.

Aunque la etapa del mínimo daño del test de proporcionalidad tiene en cuenta necesariamente el grado en que se infringe el derecho de la Carta, el estándar último es si el derecho de la Carta se ha dañado lo menos posible *dada la validez del propósito legislativo*. La [cuarta] etapa del análisis de proporcionalidad ofrece una oportunidad para valorar, a la luz de los detalles prácticos y contextuales elucidados en las etapas [segunda y tercera], si los beneficios que se producen por la limitación son proporcionales a sus efectos perjudiciales medidos en términos de los valores subyacentes a la Carta¹²⁹.

No obstante, el Tribunal Supremo canadiense aplica este test de proporcionalidad en sentido estricto bajo el estándar de razonabilidad, es decir, tratando de averiguar si la medida impugnada puede situarse entre las medidas que hubiera elegido un agente decisor razonable. Este tipo de revisión otorga una gran importancia a la dimensión procesal de la decisión, es decir, a la cuestión de si el agente decisor principal ha tenido en cuenta adecuadamente los diferentes intereses y consideraciones en juego. Como veremos en la tercera parte de este trabajo, existe otra forma de entender la proporcionalidad en la que esta dimensión procesal se pone en un segundo plano con el fin de favorecer una valoración más objetiva. Según esta concepción, propia del modelo europeo de revisión constitucional, la proporcionalidad en sentido estricto supone el principio básico sobre el que se diseña “un enfoque estructurado para ponderar (*balancing*) del mejor modo posible los derechos fundamentales con otros derechos e intereses”¹³⁰, por lo que debe considerarse como el principio último que ha de guiar el análisis en todas las etapas de la revisión. En el modelo colaborativo, sin embargo, este test de ponderación cabe entenderlo como una segunda parte del test de necesidad: es decir, en ambos casos se busca que la infracción sea lo menos restrictiva posible, si bien en el caso de la proporcionalidad en sentido estricto se pretende que no vaya más allá de lo que merezca la ocasión, teniendo en cuenta los efectos beneficiosos de la medida en términos de bien común¹³¹. Así cabe entender, en mi opinión, a

¹²⁹ *Thomson Newspaper Co. v. Canada (Attorney General)* [1998] 1 SCR 877, [125] (énfasis en el original). Más recientemente, el Tribunal ha establecido que: “Aunque la mayoría de los casos se resuelven en la cuestión de la mínima infracción, el escrutinio final sobre la proporcionalidad de los efectos es esencial. Es el único momento en que puede sopesarse la obtención del objetivo frente al impacto sobre el derecho. Si el análisis se detuviera al reconocer que se satisfacen la conexión racional y la infracción mínima, el resultado podría ser mantener un severo daño en un derecho a cambio de un objetivo menos importante” *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 SCR, 610, [46] (juez McLachlin).

¹³⁰ Rivers (2006), 176.

¹³¹ Así es como entiendo a Craig (1999), 97 cuando dice: “El simple reconocimiento de que ciertos intereses deben tratarse como derechos importantes significa que cualquier invasión de los mismos ha de mantenerse en el nivel mínimo. La sociedad puede aceptar que estos derechos no se consideren absolutos y que puedan justificarse algunas limitaciones en algunas circunstancias. Sin embargo, se presupone que cualquier acción

la juez McLachlin (actual Presidente del Tribunal) en su voto en nombre de la mayoría en el reciente caso *Hutterian Brethren*:

Si se impugna como inconstitucional la elección hecha por el legislador, corresponde a los tribunales la tarea de determinar si dicha elección cae dentro de un rango de alternativas razonables. La sección 1 de la Carta no exige que la limitación del derecho, juzgada retrospectivamente, se base en una *perfecta ponderación*, sino únicamente que sea ‘razonable’ y ‘probablemente justificada’ [...] El listón de constitucionalidad no debe ser tan alto que se ponga en peligro la adopción de soluciones creativas para problemas difíciles. Es, por tanto, apropiado un grado de deferencia¹³².

En Reino Unido la discusión es más compleja. En un principio, como ya vimos, el test de proporcionalidad en sentido estricto no apareció de manera explícita en la exposición de *Freitas*. Pero, posteriormente, en *Huang* la Cámara de los Lores confirmó que el requisito de “ponderación equitativa” está implícito en el test de *de Freitas* y, en general, en la noción misma de proporcionalidad¹³³. Sin embargo, los jueces británicos aplican la proporcionalidad como un test de razonabilidad, no de corrección, lo que hace que tiendan a considerar la proporcionalidad en sentido estricto como una etapa ligada a las otras tres, en especial al test de necesidad. Bajo este enfoque, lo que buscan los jueces es si existe una ‘desproporcionalidad’ inaceptable, o una limitación de los derechos que es injustificable en las circunstancias del caso. En este sentido, Lord Simon Brown afirmó en *Roth*:

Está implícito en el concepto de proporcionalidad [...] no sólo que el deterioro de los derechos del individuo no debe ir más allá de lo necesario para el logro del objetivo

administrativa debería interferir en los derechos tan poco como sea posible, y no más de lo que merezca la ocasión”. Volveremos a este texto en la tercera parte de este estudio.

¹³² *Hutterian Brethren*, supra nota 117, [37], citando a Dickson en *Edwards Books*, supra nota 84, 781-782. McLachlin también hace referencia a sus propias declaraciones en *JTI-Macdonald Corp.*, supra nota 129, [43]: “Cuando el problema al que el Parlamento se enfrenta es un problema social complejo, puede ser apropiado algún grado de deferencia. Puede haber muchas formas de enfocar un determinado problema, y ninguna certeza respecto a cuál será la más efectiva. Es posible imaginar, desde la calma de la sede judicial, una solución que infrinja al derecho en cuestión en un grado menor que la solución elegida por el Parlamento. Pero debemos preguntarnos además si la alternativa sería razonablemente efectiva si se compara con los medios elegidos por el Parlamento. Para mayor dificultad, un régimen legislativo puede tener varios fines, y perjudicar mínimamente el fomento de un determinado fin puede impedir alcanzar otro. Crear soluciones legislativas a problemas complejos es necesariamente una tarea compleja. Es un trabajo que requiere pesar y ponderar. Por esta razón, este Tribunal ha establecido que, ante cuestiones sociales complejas, el requerimiento de mínimo daño se satisface cuando el Parlamento ha elegido una de las diversas alternativas razonables”. No obstante, esta posición no es unánime dentro del Tribunal. En su voto disidente respecto al caso *Hutterian*, la juez Abella consideró la proporcionalidad en sentido estricto como el componente esencial de la revisión de constitucionalidad bajo la Carta de derechos y libertades: “El propósito del análisis de *Oakes* es ponderar los beneficios del objetivo con los efectos dañinos de la infracción. Las etapas del test *Oakes* no son compartimentos estancos: el principio de proporcionalidad guía el análisis en cada etapa. Esto asegura que, en cada etapa, se sopesa la importancia del objetivo y del daño al derecho” [134].

¹³³ *Huang*, supra nota 79, [19].

político que se busca, sino también que no debe imponer una carga excesiva sobre el individuo en cuestión¹³⁴.

Si el tribunal encuentra que una medida provoca una carga excesiva en un individuo, intentará encontrar una medida menos restrictiva, que satisfaga simultáneamente el objetivo legislativo. Por tanto, del mismo modo que el test de necesidad no implica buscar la medida menos restrictiva de los derechos, sino una alternativa menos restrictiva pero igualmente efectiva para lograr el objetivo deseado, el test de proporcionalidad *sensu stricto* no significa tratar de identificar la medida óptimamente ‘proporcionada’ a un problema o la mejor solución posible, sino únicamente si existe “una proporcionalidad razonable”¹³⁵ entre el medio elegido y el propósito que se deseaba alcanzar. En definitiva, en esta última etapa del análisis los jueces tratan de averiguar si la solución elegida por el agente decisor principal ofrece una “una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido”¹³⁶. Volveré sobre este asunto en la tercera parte.

b) La reparación judicial

La Ley Constitucional canadiense de 1982, en su sección 52 (1) (cláusula de supremacía), declara la Constitución (incluida la Carta de Derechos y Libertades) como “ley suprema” del país, estableciendo que “cualquier ley inconsistente con las disposiciones de la Constitución no tendrá, en la medida de su inconsistencia, ninguna fuerza o efecto (*no force or effect*)”. Desde *Schachter*, el Tribunal Supremo canadiense entiende que dicha sección permite disponer de tres posibles reparaciones judiciales: (1) dejar sin efecto (*strike down*) la legislación impugnada, o (2) suspender la invalidación por un periodo específico de tiempo, de modo que el gobierno pueda promulgar una disposición legal acorde con los derechos protegidos; o (3) incluir (*read in*) o excluir (*read out/read down*) palabras en la legislación impugnada, inmediatamente o con una declaración suspensiva¹³⁷. Además, la sección 24 (1) (la cláusula aplicativa) establece que, quien considere que se infringe o deniega alguno de sus derechos protegidos por la Carta, “puede apelar a un tribunal jurisdiccional competente para obtener la reparación que el tribunal considere apropiado y justo en las circunstancias”. Si la persona consigue demostrar que alguno de sus derechos protegidos ha sido violado, y

¹³⁴ *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2002] 3 WLR 344, [52].

¹³⁵ *R. v. A. (No. 2)* [2002] 1 AC 45, [91] (Lord Hope).

¹³⁶ *Roth*, supra nota 134, [50]; *R. v. Lambert* [2002] 2 AC 545, [190] (Lord Hutton).

¹³⁷ *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR 513, 619 (juez Iacobucci), citando *Schachter v. Canada*, [1992] 2 SCR 679, 709.

el gobierno no logra convencer al tribunal que dicha limitación es razonable según la sección 1 de la Carta, el tribunal otorgará la reparación que considere apropiada según las circunstancias.

En Reino Unido, la única reparación judicial es la prevista en las secciones 3 y 4 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, de cuya interacción surge lo que hemos denominado la reparación interpretativa/declaratoria. Para este estudio, no obstante, dividiremos la exposición entre las cuestiones relativas a la reparación interpretativa, y las que tienen que ver con la declaración de incompatibilidad.

i) Resolución invalidatoria

Este tipo de reparación judicial supone la inaplicación de la medida impugnada. Aunque, por efecto del sistema de precedentes, tiene un enorme impacto cuando es dictada por el Tribunal Supremo, lo cierto es que esta resolución judicial no trae consigo la desaparición o anulación de las leyes inconstitucionales. En los sistemas del *common law*, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una norma jurídica, y su posible expulsión del sistema jurídico, no pone en duda su existencia como norma con fuerza obligatoria. “Su observancia y aplicación pueden ser obligatorias si no son anuladas en la forma establecida por el mismo sistema”¹³⁸.

Un ejemplo instructivo de este tipo de reparación judicial es *M. v. H.*, en donde el Tribunal Supremo de Canadá expuso las razones que aconsejaban rechazar una interpretación correctiva, y decantarse por la inaplicación¹³⁹. La disposición impugnada fue la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia de Ontario, en la que se extendía el concepto de ‘cónyuge’ no sólo a cada uno de los miembros (hombre y mujer) de las parejas casadas, sino también a los que, sin estar casados, hubiesen cohabitado sin interrupción por un período no menor a tres años¹⁴⁰. Las relaciones del mismo sexo y con el mismo grado de permanencia quedaban excluidas del esquema de apoyo establecido por ley, y exigible por vía judicial, para las parejas de sexo opuesto no casadas. En el caso de referencia, una pareja de mujeres se había separado después de más de diez años de relación, sin que M., la parte con menos recursos, pudiera ampararse en la ley para pedir una pensión de su ex pareja. El

¹³⁸ Nino, (1997), 265.

¹³⁹ *M. v. H.* [1999] 2 RCS 3.

¹⁴⁰ *Family Law Act*, RSO 1990, c. F.3. La sección 29 impugnada sólo se aplicaba a la Parte III de la mencionada ley, donde se establecía la obligación de apoyo entre los ‘cónyuges’. La sección 1(1), que era aplicable a otras partes de la ley, incluía una definición de ‘cónyuge’ que sólo tenía en cuenta a las parejas oficialmente casadas, por lo que no se cuestionaba su validez.

juez de primera instancia entendió que la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia vulneraba la sección 15(1) de la Carta (“el derecho a la igual protección e igual beneficio de la ley”), y que dicha violación no podía justificarse bajo la sección 1. Como medida reparadora, el juez declaró que las palabras “un hombre y una mujer” de dicha sección debían ser “no leídas” (*read out*) en la definición de “cónyuge”, y reemplazadas por las palabras “dos personas”. La sentencia fue apelada por H., pero el Tribunal de Apelación de Ontario mantuvo dicha decisión, con la única alteración de suspender por un año su cumplimiento, con objeto de dejar tiempo para que el Parlamento de Ontario pudiera enmendar la ley impugnada. El Tribunal Supremo desestimó la apelación del Fiscal General, aunque modificando la reparación judicial. En lugar de interpretar la sección legal impugnada de la forma más ajustada a los derechos protegidos por la Carta, decidió declarar su nulidad (*no force or effect*), si bien con un efecto retardado de seis meses.

Partiendo de sus propias consideraciones en *Vriend*, que veremos más adelante, Iacobucci comenzó resaltando la importancia de la deferencia judicial hacia las decisiones del legislativo cuando se trata de examinar si éste ha cumplido con la carga de la prueba que le exige la sección 1 de la Carta. Sin embargo, añadió, dicha deferencia no es “una especie de umbral de investigación bajo la sección 1”¹⁴¹. En términos generales, los jueces deben respetar aquellas decisiones políticas y administrativas para las que el legislativo y el Gobierno están mejor situados, pero la simple afirmación general de que la infracción de un derecho se justifica bajo la sección 1 no es una decisión de este tipo. El legislativo ha de ofrecer a los jueces las pruebas y los argumentos que apoyen su afirmación general de justificación.

Algunas veces esto implicará demostrar por qué el legislativo tuvo que tomar ciertas decisiones políticas y por qué consideró tales decisiones razonables en unas circunstancias dadas. Estas decisiones políticas pueden ser de las que el legislativo está en mejor posición para adoptar, como en el caso de las difíciles decisiones relativas a los reclamos de grupos en competencia, o la evaluación de una compleja y conflictiva investigación de ciencia social¹⁴².

Para determinar la medida reparadora, Iacobucci acudió de nuevo a lo establecido en *Schachter*. Una vez determinada “la extensión de la inconsistencia entre la disposición impugnada y la Carta” (a saber, la definición infrainclusiva de ‘cónyuge’ en la sección 29 de la ley impugnada), se debía determinar cuál era el remedio más adecuado bajo la sección 52

¹⁴¹ *M. v. H.*, supra nota 139, [78].

¹⁴² *Ibid.*, [79].

de la *Ley Constitucional* de 1982. Para ello, como ya hemos señalado, se debían tener en cuenta varios factores: la precisión de la reparación, las implicaciones presupuestarias, el efecto en el resto de la legislación (la Constitución histórica), así como la interferencia que pueda causar en los objetivos del legislativo. En cuanto a la precisión, aunque el juez creía que el remedio de incluir palabras podía rectificar sin más el error constitucional, no estaba tan seguro de que asegurase también la validez de la legislación¹⁴³. La nueva sección 29 no tendría efecto en otras partes de la ley, que seguirían requiriendo una relación de sexo opuesto, como la relativa a los acuerdos voluntarios para optar por no acogerse al régimen de pensión compensatoria. Al mismo tiempo, tendría efectos en otras partes de la ley que nada tenían que ver con la pensión compensatoria, por lo que no había seguridad de que el legislativo hubiese promulgado la ley con esta modificación. Por lo tanto, incluir palabras equivalía en este caso “a hacer elecciones *ad hoc* [...] lo cual es propio de las legislaturas, no de los tribunales”¹⁴⁴. Sólo quedaba, pues, la opción de inaplicar la ley, total o parcialmente, lo cual dependía, siguiendo el criterio señalado por el magistrado Lamer en *Schachter*, de si era posible definir claramente la parte infractora de la ley. “De este modo, se puede realizar la mayor parte posible del propósito legislativo”¹⁴⁵. En este caso, la parte inconsistente con la Carta “no está tan inextricablemente ligada con la parte no infractora de la ley que no pueda sobrevivir independientemente”¹⁴⁶. Según Iacobucci, se podía suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado las partes constitucionalmente consistentes de la ley sin las partes infractoras. Como consecuencia, el juez creyó que el mejor remedio era dejar la sección 29 de la ley “sin fuerza ni efecto”, aunque con una suspensión de seis meses que pretendía dejar al legislativo cierta libertad para corregir la ley de conformidad con la Carta¹⁴⁷.

¹⁴³ *Ibid.*, [139].

¹⁴⁴ *Ibid.*, [142].

¹⁴⁵ *Ibid.*, [143].

¹⁴⁶ *Ibid.*, [144].

¹⁴⁷ Efectivamente, el Parlamento de Ontario enmendó no sólo la Ley de Derecho de Familia, sino también otras muchas piezas de su legislación para incluir las parejas del mismo sexo. Aun así, la provincia no redefinió la noción de ‘cónyuge’ en este sentido, sino que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal, equiparó en derechos y responsabilidades a las parejas del mismo sexo con los ‘cónyuges’, entendidos como hombre y mujer. Este espacio de decisión era precisamente el que dejó el Tribunal en *M. v. H.* Años más tarde, un Gobierno liberal en Ontario cambió la ley y redefinió ‘cónyuges’ para incluir a las parejas del mismo sexo (*Spousal Relationships Statute Law Amendment Act*, S.O. 2005, c. 5). Este tipo de declaración de invalidez retardada o suspendida, que permite al Gobierno y al legislativo poder revisar sus decisiones y seleccionar a partir de una gama de opciones constitucionales, fue usada por primera vez por el Tribunal Supremo de Canadá en *Re Manitoba Language Rights* [1985] 1 SCR 721.

ii) Reparación interpretativa

La aparente debilidad que supone un control meramente interpretativo no implica, sin embargo, una intervención judicial menor o menos efectiva que la pura inaplicación. El poder/deber de interpretar la legislación conforme a los derechos constitucionales implica la capacidad de ‘modificar’ o ‘alterar’ el sentido literal u ordinario de las disposiciones legales, incluyendo o excluyendo palabras (*read in/read out*) con objeto de lograr una legislación razonablemente consistente con los derechos protegidos. Como han señalado Paul Rishworth y Allen Kavanagh (desde las experiencias neozelandesa y británica, respectivamente), este poder/deber interpretativo representa una técnica alternativa de ‘invalidación’ judicial en la que se difuminan los límites entre la aplicación y la creación de Derecho¹⁴⁸. Aunque el poder interpretativo es aparentemente más débil que el poder para inaplicar leyes, en la práctica ambos pueden conducir al mismo resultado.

Este fue el punto de vista que adoptó, como vimos, el Tribunal Supremo de Canadá en *Drybones*, cuando entendió que una ley ordinaria de derechos humanos (la Carta canadiense de 1960) incluía, además de la declaración formal de los derechos, una regla para resolver los posibles conflictos entre tales derechos y la legislación posterior, incluso aunque dicha ley no estableciera explícitamente su primacía sobre las disposiciones legales inconsistentes con ella. En general, siguiendo este ejemplo, el modelo colaborativo asume que, tanto la protección a través de una norma constitucional de estatus superior, como la protección de una norma legal ordinaria, “pueden también permitir una segunda forma de resolver los conflictos de derechos: [en ambos casos] es posible una interpretación ‘redentora’ de las disposiciones legales aparentemente inconsistentes. La resolución interpretativa significará que ya no hay conflicto que resolver”¹⁴⁹.

En Canadá, una sentencia líder en este sentido es *Egan v. Canada*¹⁵⁰. En este caso, los recurrentes impugnaron la sección 2 de la Ley del seguro de vejez, que definía el estatus de “cónyuge” de modo que sólo las personas mayores de 60 años en relaciones heterosexuales estables y con escasos recursos podían acogerse a los beneficios que establecía la ley –entre ellas, una pensión complementaria (*spousal allowance*) para la pareja

¹⁴⁸ Rishworth (2004), Kavanagh (2004).

¹⁴⁹ Rishworth (2004), 236.

¹⁵⁰ *Egan*, supra nota 137.

del pensionista hasta que cumpliera los 65 años¹⁵¹. La mayoría de los magistrados estimaron que dicha disposición no era discriminatoria, por cuanto que se basaba en una distinción “irrelevante” para los objetivos de la norma. Sin embargo, los magistrados Peter Cory y Frank Iacobucci emitieron un voto disidente conjunto, en el que afirmaron que la disposición impugnada infringía efectivamente la sección 15(1) de la Carta (igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación), y que tal infracción no podía justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática, tal como prescribe la sección 1 de la Carta.

En la propuesta de reparación, el juez Iacobucci mantuvo, en contra del voto mayoritario, que era de justicia estimar la petición de los recurrentes y modificar la sección 2 de la legislación impugnada, en el sentido de suprimir (*read down*) en la definición de “cónyuge” las palabras “del sexo opuesto”, incluyendo (*read in*) en su lugar, tras la oración “que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer”, la cláusula “o como una relación análoga”. La única condición que el juez creyó conveniente añadir era que dicha reparación no se llevara a efecto hasta después de un año, de modo que el Parlamento dispusiera de tiempo suficiente para garantizar que el beneficio legal se extendía a las parejas del mismo sexo¹⁵². Para justificar esta modificación de la ley, Iacobucci aplicó la sección 52 (1) de la Constitución de 1982, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal en el caso *Schachter*.

En *Schachter*, el Tribunal estableció que la sección 52 no exigía al tribunal revisor que se remitiese únicamente a la fórmula verbal empleada por el legislativo, a efectos de determinar la inconsistencia entre una ley y la Constitución. Son las normas legales, no las palabras en que se enuncian, las que deben dejarse sin efecto “en la medida de su inconsistencia”. La violación de la Carta puede proceder tanto de lo que está ausente en el enunciado legal, como de lo que se incluye incorrectamente en él. La inclusión de palabras (*read in*), por tanto, resulta legítima cuando la inconsistencia proviene de una incorrecta exclusión de la norma legal, puesto que en tal caso el resultado lógico de declarar inoperativa tal inconsistencia es incluir al grupo excluido dentro del esquema legal, ampliando así el universo de aplicación de la ley.

El propósito de incluir palabras (*reading in*) es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador. En algunos casos, por

¹⁵¹ *Old Age Security Act*, RSC (1985), c. O-9. Según su sección 2, “cónyuge designa, en relación con cualquier persona, a alguien del sexo opuesto que vive con esa persona, siempre que haya vivido con ella al menos un año, y que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer”.

¹⁵² *Egan*, supra nota 137, [220].

supuesto, no se podrá suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado la parte constitucionalmente permisible de su disposición sin la parte prohibida. En tales casos, la inclusión de palabras no será apropiada. Así como a veces la inclusión viene exigida por el respeto a los propósitos del legislativo, así también otras veces se requiere para garantizar los valores de la Carta. Incluir palabras es, por tanto, un remedio legítimo [...] en aquellos casos donde es una técnica apropiada para respetar los valores de la Carta y, al mismo tiempo, minimizar la interferencia del Tribunal en las partes de la legislación que no violan la Carta¹⁵³.

En *Egan* se trataba de una situación en la que el propósito de la legislación era legítimo. La inconsistencia derivaba de la infrainclusividad de la ley, puesto que marcaba una distinción excluyente por una de las razones prohibidas en la sección 15(1) de la Carta. No procedía, pues, según el juez, invalidar por completo la institución de la pensión complementaria; más bien, parecía tratarse de un caso en el que la parte inconsistente de la ley (el “requisito del sexo opuesto”) podía definirse con precisión y, consecuentemente, procedía declarar únicamente la inoperatividad de esa parte. Según el juez Iacobucci, la inclusión de ciertas palabras satisfacía las tres condiciones establecidas en *Schachter*: (i) podía asegurar la validez de la legislación y, al mismo tiempo, remediar la incorrección constitucional; (ii) no obstaculizaba la finalidad de la medida legislativa (la pensión complementaria del cónyuge), ni interfería en modo alguno en el propósito del legislador; (iii) no ponía en peligro la idea clave (*the thrust*) de la legislación, puesto que las parejas heterosexuales podían seguir beneficiándose de la ley del mismo modo que antes de su modificación¹⁵⁴.

El mismo problema de infrainclusividad de la legislación se planteó en *Vriend*¹⁵⁵, uno de los casos de activismo judicial más controvertidos en Canadá. Los magistrados Cory y Iacobucci emitieron de nuevo un voto conjunto, pero esta vez en representación de la mayoría. El recurrente, Delwin Vriend, había sido despedido por su empleador (el prestigioso *King's College* de Edmonton, Alberta) después de confesar su orientación sexual, a pesar de no tener hasta ese momento más que evaluaciones positivas e incrementos de salario por su trabajo. La Comisión de Derechos Humanos de Alberta negó a Vriend la posibilidad de ampararse en la Ley de Derechos Individuales de Alberta (1980), al no contemplar dicha ley la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación. Vriend, acompañado por varios colectivos de gays y lesbianas, impugnó ante la justicia la

¹⁵³ *Schachter*, supra nota 137, 682 (juez Lamer).

¹⁵⁴ *Egan*, supra nota 137, [223].

¹⁵⁵ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493.

constitucionalidad de varias disposiciones de la mencionada ley, alegando que tales disposiciones eran inconsistentes con la sección 15(1) de la Carta canadiense. La juez de primera instancia dio la razón a los recurrentes, ordenando que las palabras ‘orientación sexual’ “se incluyeran” (*read into*) en las disposiciones impugnadas de la ley. En el Tribunal de Apelación, sin embargo, ganó el Gobierno de Alberta, de modo que Vriend tuvo que acudir al Tribunal Supremo.

Lo que nos interesa destacar aquí son las consideraciones que hicieron los jueces acerca de la deferencia judicial ‘debida’ a la decisión legislativa. En opinión del juez Cory, la deferencia judicial a las decisiones del Gobierno y el legislativo se debe evaluar bajo la sección 1, así como en el momento de determinar la reparación adecuada a una violación de la Carta. Sin embargo, “[l]a noción de deferencia judicial no debería usarse para inmunizar completamente ciertos tipos de decisiones legislativas del escrutinio constitucional”¹⁵⁶. Los representantes del Gobierno de Alberta habían planteado su defensa como una contienda entre el poder de un legislativo democráticamente elegido para promulgar las disposiciones que considerase adecuadas, y el poder de los jueces para rechazar dichas leyes, o para dictar que ciertas materias se incluyan en tales leyes. Según el juez Cory:

Entender la cuestión en estos términos es erróneo y lleva a confusión. Simplemente, no son los tribunales los que limitan a los legislativos. Antes bien, es la Constitución, que debe interpretarse por los tribunales, la que limita a los legislativos. Lo cual es necesariamente cierto para todas las democracias constitucionales. Los ciudadanos deben tener el derecho de impugnar aquellas leyes que, en su opinión, van más allá de los poderes de los legislativos. Cuando tal impugnación se hace adecuadamente, los tribunales tienen el deber constitucional de estimarla¹⁵⁷.

No importa que lo que se impugne sea una acción del legislativo o, como en *Vriend*, una omisión (la decisión de no incluir en la ley de derechos individuales al grupo de los homosexuales); los jueces tienen el deber constitucional de determinar si la impugnación de la ley está justificada. Los representantes del Gobierno de Alberta habían argumentado que el “silencio” de la ley era “neutral”, pero el juez Cory respondió que eso mismo es lo que tenía que evaluarse bajo la sección 15(1). “A menos que tal análisis se efectúe, es imposible decir si la omisión es realmente neutral o no”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibid.*, [54].

¹⁵⁷ *Ibid.*, [56].

¹⁵⁸ *Ibid.*, [57].

En este sentido, el juez Iacobucci hizo algunas consideraciones importantes sobre el papel de los jueces en una democracia constitucional. Como respuesta a la crítica del Gobierno de Alberta, según la cual los tribunales usaban la Carta para usurpar incorrectamente el papel de los legislativos, el juez afirmó que partía de una comprensión errónea de lo que significaba la introducción de la Carta en el sistema jurídico de Canadá.

[Bajo la Carta] cada canadiense tiene unos derechos y libertades individuales que ningún gobierno o legislatura puede eliminar. Sin embargo, dado que tales derechos y libertades no son absolutos, los gobiernos y legislaturas pueden justificar la cualificación o la infracción de tales derechos constitucionales bajo la sección 1. Es inevitable que las disputas sobre el significado de los derechos y su justificación tengan que ser resueltas, y aquí es donde aparece el papel de la judicatura¹⁵⁹.

El propósito deliberado de las legislaturas federal y provinciales al promulgar la Carta fue otorgar a los jueces un poder interpretativo, exigiéndoles bajo la sección 52 declarar la invalidez de la legislación inconstitucional. Sin embargo, el juez reconoce que esta decisión no elimina el debate sobre la legitimidad de los tribunales al adoptar estas medidas. Por ello, el juez añadió que la decisión de dotarse de la Carta implicaba “una redefinición de la democracia” por la cual “las legislaturas y el ejecutivo debían realizar sus papeles de conformidad con los recién conferidos derechos y libertades constitucionales”¹⁶⁰. La atribución a los jueces del papel de “fideicomisarios” o “custodios” de tales derechos cuando surgieran desacuerdos sobre su interpretación era una parte necesaria de este nuevo diseño. “Por lo tanto, los tribunales [...] deben escudriñar el trabajo de la legislatura y el ejecutivo, no en nombre de los tribunales, sino en el interés del nuevo contrato social democráticamente elegido”¹⁶¹. La independencia de los jueces respecto al legislativo y el gobierno los capacita para que los ciudadanos puedan confiar en que dictarán decisiones razonadas y basadas en principios conforme a lo que establece la Constitución, aunque tales decisiones sean con frecuencia controvertidas. Al realizar su papel, los tribunales no han de sustituir al legislativo o al gobierno, es decir, no deben hacer juicios de valor sobre lo que consideran la decisión política más adecuada; esto corresponde a los poderes políticos del Estado. Su tarea, por el contrario, por expreso mandato constitucional, es defender la Constitución. En ese rediseño de la democracia que supone la Carta, el sistema político se dota de un esquema más interactivo y dinámico, de modo que aumenta la exigencia de

¹⁵⁹ Ibid., [131].

¹⁶⁰ Ibid., [134].

¹⁶¹ Ibid., [135].

justificación en la cultura política y jurídica, lo cual revierte en beneficio de la democracia¹⁶².

Por otro lado, Iacobucci recordó que una democracia no consiste únicamente en la regla de las mayorías. A este respecto, citando al juez Dickson, insistió en que los principios y valores de una sociedad libre y democrática incluyen, además de la voluntad popular, “la dignidad inherente de la persona humana”, “la justicia social y la equidad”, la “variedad de creencias”, “la identidad cultural y de grupo”, y “la participación de individuos y grupos en la vida social”¹⁶³. Bajo la Carta, el Gobierno y los legisladores deben respetar estos valores y principios democráticos; en caso contrario, los tribunales deben estar dispuestos a intervenir para protegerlos. No puede llamarse antidemocrática a la acción de intervenir en defensa de los valores y principios democráticos protegidos por la Carta¹⁶⁴.

Como medida reparadora, los recurrentes habían solicitado la inclusión (*reading in*) en la Ley de Derechos de Alberta de la orientación sexual entre los motivos prohibidos de discriminación. Iacobucci estuvo de acuerdo. Para justificar su posición, volvió a acudir a la importante sentencia del caso *Schachter*. En ella, el juez Lamer había afirmado que “el propósito de la inclusión de palabras es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador”¹⁶⁵. Según Iacobucci, la inclusión de palabras debía guiarse simultáneamente por dos principios: el respeto al papel de la legislatura, por un lado, y el respeto a los propósitos de la Carta, por otro. En *Vriend*, la inclusión de palabras no parecía implicar ninguna intrusión innecesaria en la esfera del legislativo. La inclusión de la orientación sexual en la disposición impugnada podía promover el fin último de la ley impugnada (esto es, el reconocimiento y la protección de la dignidad inherente y los derechos inalienables de los ciudadanos de Alberta), sin menoscabar los propósitos de la Carta¹⁶⁶. Además, la medida satisfacía los restantes requerimientos establecidos en *Schachter*: precisión de la reparación (*remedy*), implicaciones presupuestarias, efectos en el propósito de la legislación e interferencia en los objetivos del legislativo¹⁶⁷.

En el Reino Unido, los dos primeros casos donde el más alto tribunal mostró su disposición a usar su deber/poder interpretativo fueron *R. v. A*¹⁶⁸ y *Lambert*¹⁶⁹. En *R. v. A*, la

¹⁶² Ibid., [139].

¹⁶³ Ibid., [140], citando al juez Dickson en *Oakes*, supra nota 7, 136.

¹⁶⁴ Ibid., [142].

¹⁶⁵ *Schachter*, supra nota 137, 700.

¹⁶⁶ *Vriend*, supra nota 155, [150].

¹⁶⁷ Ibid., [161]–[178].

¹⁶⁸ *R. v. A*, supra nota 135.

legislación impugnada era la sección 41 de la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999, la cual prohibía que se admitiese como prueba la historia sexual de la víctima, a excepción de los supuestos enumerados en la sección 41(3). El recurrente, que estaba acusado de violación, alegó que la víctima había consentido mantener relaciones sexuales con él, y que la no admisión de la prueba referente a este hecho violaba su derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio. La Cámara de los Lores decidió por unanimidad que era posible leer la sección 41(3)(c) bajo una “disposición implícita” según la cual podía admitirse cualquier evidencia que fuera necesaria para asegurar un juicio justo según el artículo 6 del Convenio. De este modo, al poco de promulgarse la Ley de Derechos Humanos, la Cámara demostró que estaba dispuesta a usar la sección 3(1) con objeto de alinear la legislación con los requerimientos del Convenio, incluso aunque esto significase forzar el lenguaje de las disposiciones jurídicas o incluir palabras que protegiesen los derechos básicos¹⁷⁰.

En *Lambert*, la Cámara de los Lores tuvo que decidir si la carga de la prueba que se imponía al acusado en las secciones 5 y 28 de la *Misuse of Drugs Act* de 1971 violaba el derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio. Tal medida obligaba al acusado de transportar estupefacientes ilegales a probar más allá de toda duda razonable que no sabía, ni tenía motivos para sospechar, que su equipaje contenía dichas sustancias. La Cámara comenzó estableciendo que, bajo una interpretación ordinaria, las secciones impugnadas están formuladas con la intención de imponer una carga de la prueba “persuasiva” (“*legal or persuasive burden of proof*”), es decir, más allá de toda duda razonable, y no únicamente una carga “probatoria” (“*evidential burden*”), es decir, suficiente para poner en cuestión la presunción de culpabilidad (lo que, en su caso, obligaría a la acusación a ofrecer una prueba “persuasiva” que demostrase lo contrario). A continuación, la Cámara indagó si la decisión servía un fin legítimo y si satisfacía el principio de proporcionalidad. En cuanto al primer punto, hubo unanimidad en que era legítimo luchar contra los traficantes que esconden drogas en algún recipiente para poder decir que no eran conscientes de su contenido. Sin embargo, la Cámara entendió que imponer una carga de la prueba “persuasiva” a todos los acusados de tráfico de drogas era una forma desproporcionada de alcanzar dicho propósito. Hubiera sido suficiente imponer una carga meramente “probatoria”. Como reparación, sus

¹⁶⁹ *Lambert*, supra nota 136.

¹⁷⁰ En palabras de Lord Steyn: “De acuerdo con la voluntad del Parlamento reflejada en la sección 3, a veces será necesario adoptar una interpretación que lingüísticamente puede parecer forzada. Las técnicas a usar no sólo implicarán la no lectura del lenguaje explícito en una ley, sino también la introducción de disposiciones implícitas”, *R. v. A.*, supra nota 135, [44].

señorías entendieron que era “posible”, según la sección 3(1) de la Ley de Derechos Humanos, “leer la palabra ‘probar’ de la sección 28(2) como si las palabras usadas en la subsección fueran ‘ofrecer suficiente evidencia’”¹⁷¹. Aunque el significado natural u ordinario de las disposiciones impugnadas obligaban al acusado a ofrecer una prueba “persuasiva” (más allá de toda duda razonable), la sección 3(1) permitió al tribunal leerlas de forma que impusieran una mera “carga probatoria”.

A partir de estas primeras sentencias, cabe deducir dos puntos sobre el modo en que deben operar los jueces bajo la sección 3(1)¹⁷². En primer lugar, la tarea interpretativa puede dividirse en dos etapas fundamentales. En un primer momento, los jueces deben establecer si la legislación es compatible *prima facie* con los derechos del Convenio, lo cual implica valorar si las disposiciones jurídicas impugnadas satisfacen el principio de proporcionalidad. Si la legislación pasa este test y, por tanto, se considera compatible, no hay nada más que hacer; pero si, por el contrario, el resultado es negativo, entonces entra en juego el deber interpretativo de la sección 3. Los jueces están, en este caso, obligados a analizar si es “posible” leer y aplicar la legislación de un modo que sea compatible con los derechos del Convenio. En caso de que esto no fuera posible, los tribunales pueden entonces resolver el caso mediante una declaración de incompatibilidad. En segundo lugar, la aplicación de la sección 3 no requiere que exista ningún tipo de ambigüedad en la legislación. Al contrario de lo que era la regla en la interpretación jurídica antes de la Ley de Derechos Humanos, la apelación de los jueces a los derechos del Convenio no tiene por objeto únicamente la resolución de ambigüedades en la ley.

Pero, sin duda, el caso líder en esta materia es *Ghaidan v. Godin-Mendoza*¹⁷³, donde la Cámara de los Lores ofreció un contundente respaldo a la interpretación ‘correctiva’ bajo la sección 3(1). En este caso, la disposición legislativa impugnada era el párrafo 2(2), del Anexo 1, de la Ley de Arrendamientos (*Rent Act 1977*), por el cual el “cónyuge superviviente” (*surviving spouse*) del inquilino de una vivienda podía pasar a ser el nuevo inquilino “legal”, siempre que dicha vivienda hubiera sido el domicilio de ambos en el momento del fallecimiento del inquilino original, y así continuase siendo para el cónyuge superviviente. En un caso anterior, *Fitzpatrick*¹⁷⁴, ante unos hechos semejantes, la Cámara de los Lores había resuelto que esta disposición legal no incluía parejas del mismo sexo. La

¹⁷¹ *Lambert*, supra nota 136, [94] (Lord Steyn).

¹⁷² Kavanagh (2009), 23-24.

¹⁷³ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] UKHL 30.

¹⁷⁴ *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd.*, [2001] 1 AC 27.

cuestión que se planteaba en *Ghadian* era si esta lectura del párrafo 2(2) podía sobrevivir a la entrada en vigor de la Ley de Derechos Humanos de 1998¹⁷⁵.

La Cámara de los Lores acordó por unanimidad que, conforme a una interpretación natural u ordinaria de la disposición impugnada, las parejas homosexuales que cohabitaban en la misma vivienda recibían un trato distinto respecto a las parejas heterosexuales en las mismas circunstancias, de modo que las primeras resultaban discriminadas en sus derechos sucesorios¹⁷⁶. En *Fitzpatrick*, la Cámara había dado por buena esta discriminación, alegando que se reconocía al superviviente de una pareja del mismo sexo el derecho a competir con el resto de los “familiares” del inquilino original por el derecho a un “alquiler asegurado” (*assured tenancy*) conforme al párrafo 3 de la ley impugnada. Sin embargo, como señaló Lord Nicholls, incluso en el caso de que este derecho pudiera salvar la situación en términos económicos (lo que ocurría, de hecho, en el caso del señor Godin-Mendoza) no se conseguía evitar la situación “menos favorable” de las parejas homosexuales respecto a los derechos sucesorios de las parejas de distinto sexo. En el “alquiler asegurado”, la renta dependía del precio de mercado, el cual podía superar “la renta justa bajo un alquiler legal”; además, el inquilino “asegurado” tenía menos protección judicial efectiva en caso de impago¹⁷⁷. Como consecuencia, según Nicholls, la distinción fundada en la orientación sexual infringía el derecho de no discriminación del artículo 14 del Convenio, leído conjuntamente con el artículo 8¹⁷⁸.

Una vez determinada dicha inconsistencia siguiendo la interpretación ordinaria del texto y el propósito explícito del legislador, Lord Nicholls pasó a considerar si la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 permitía producir otra interpretación distinta que fuera acorde con los derechos del Convenio. Siguiendo las decisiones de la Cámara en *R. v. A.* y *Lambert*, el juez afirmó que la “posibilidad” que abría la sección 3 iba más allá de la mera capacidad para resolver ambigüedades de la legislación. “La sección 3 puede requerir al Tribunal apartarse de la intención legislativa, esto es, apartarse de la intención del Parlamento que promulgó la legislación”¹⁷⁹. Dicho de otro modo, que la posibilidad de una

¹⁷⁵ En *Ghadian* el inquilino original había fallecido antes de la entrada en vigor de dicha ley, la cual se produjo el 2 de octubre de 2000.

¹⁷⁶ *Ghaidan*, supra nota 173, [5].

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*, [6]. El artículo 14 de la Convenio no confiere un derecho independiente de no discriminación, sino que prohíbe la discriminación en “el goce de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio”. Así, para poder aplicar este artículo, los hechos en cuestión deben poder subsumirse dentro del ámbito de uno o más derechos del Convenio. Todas las partes del caso estuvieron de acuerdo en que los hechos en *Ghaidan* caían dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8.

¹⁷⁹ *Ibid.*, [30].

interpretación consistente con los derechos protegidos “no depende críticamente de la forma concreta de las palabras adoptadas por el legislador en la disposición legal bajo consideración”¹⁸⁰. Lo importante no son las palabras específicas (“*express terms*”) de la disposición, sino “el concepto expresado con ese lenguaje”¹⁸¹. Por este motivo, la sección 3 no sólo permite una interpretación restrictiva o extensiva del lenguaje usado por el legislador, sino que también puede ordenar “incluir (*read in*) palabras que cambian el significado de la legislación promulgada, de modo que resulte consistente con el Convenio”¹⁸².

Sin embargo, Nicholls quiso poner de manifiesto que este proceso de modificación no carecía de límites¹⁸³. En primer lugar, el deber/poder interpretativo de los jueces no puede alterar o modificar los “rasgos fundamentales” (“*fundamental features*”) de la legislación impugnada; el nuevo significado debe ser compatible con el “propósito subyacente” (“*the underlying thrust*”) de la legislación. En segundo lugar, no puede permitir a los tribunales tomar decisiones para las que, por requerir “deliberación legislativa” o suponer unas “ramificaciones prácticas de largo alcance”, los tribunales no están preparados. El juez citó *Anderson* como un ejemplo del primer límite, *Bellinger* como un ejemplo del segundo y *Re S* como ejemplo de ambos¹⁸⁴. Dejaremos para el apartado siguiente, dedicado a las declaraciones de incompatibilidad, el estudio de estos casos.

En *Ghaidan*, sin embargo, no se daban ninguno de estos riesgos. El objetivo social subyacente de la Ley de Arrendamientos, después de la enmienda de 1988 por la que se extendió el beneficio legal a los supervivientes de parejas de hecho que cumplieran ciertos requisitos, era igualmente aplicable a los supervivientes de parejas homosexuales en iguales circunstancias¹⁸⁵. Por tanto, parecía lógico que la aplicación de la sección 3 al parágrafo 2 de la ley impugnada tuviera como efecto que dicha disposición se leyera y aplicara “como si el superviviente de una pareja homosexual fuera el cónyuge superviviente del inquilino original”¹⁸⁶. Con esta lectura se eliminaba el efecto discriminatorio del parágrafo 2 sin que dicha disposición resultara inconsistente con el objetivo subyacente de la legislación. Como

¹⁸⁰ *Ibid.*, [31].

¹⁸¹ *Ibid.* Para una elaboración ulterior de la distinción entre la intención expresa y la intención subyacente, véase Kavanagh (2006), 181-183.

¹⁸² *Ibid.*, [32].

¹⁸³ *Ibid.*, [33]–[34].

¹⁸⁴ *Ibid.*, [34].

¹⁸⁵ *Ibid.*, [35].

¹⁸⁶ *Ibid.*

vimos en la jurisprudencia del Tribunal canadiense, lo importante no es “la forma precisa de las palabras incluidas con este propósito”, sino el “efecto sustantivo” de tales palabras¹⁸⁷.

Como es obvio, la determinación por parte de los jueces de la “política social” o el “propósito subyacente” de la legislación trae consigo necesariamente un elemento evaluativo¹⁸⁸. Esto quiere decir que en ocasiones los jueces pueden atribuir a una ley un objetivo que en ningún caso estaba dentro de las consideraciones del legislador en el momento de promulgar la norma. En *Ghadian*, la Cámara de los Lores determinó el objetivo de la ley impugnada con un nivel suficiente de abstracción como para que se pudiera incluir a las parejas del mismo sexo dentro del ámbito de aplicación del párrafo 2(2). Aunque los términos “marido y mujer” hacían referencia específica al género de los miembros de la pareja, la Cámara entendió que el “concepto” subyacente de la disposición jurídica (es decir, el propósito de proteger a las personas que guardan relaciones afectivas estables y que han construido juntas un hogar) podía incluir o aplicarse igualmente a las parejas del mismo sexo. De este modo, el propósito legislativo abstracto con el que la Cámara aseguró que la ley fuese compatible con los derechos del Convenio era claramente distinta (incluso opuesta) a la intención real histórica del legislador.

Por último, cabe resaltar que la estrategia judicial de tratar de reconciliar la interpretación creativa bajo la sección 3 con el propósito subyacente de la disposición impugnada, revela que incluso cuando los jueces consideran deseable desarrollar y mejorar la legislación con objeto de optimizar la protección de los derechos fundamentales, aún se consideran bajo la obligación de preservar los valores de la continuidad y la certeza hasta donde sea posible¹⁸⁹. La interpretación judicial según la sección 3(1) no equivale a hacer prevalecer los derechos protegidos independientemente del grado de conflicto que ello suponga con los términos explícitos de la legislación o con la intención declarada del legislador. Como veremos en el siguiente apartado, la interpretación judicial no puede servir para una reforma radical de toda una ley o de un marco legislativo completo. La tarea de los jueces es proteger los derechos básicos hasta donde sea posible, dados los términos y la intención legislativa en la legislación original. Cuando esto no es posible, la mejor forma de proteger los derechos es mediante la declaración de incompatibilidad de la sección 4.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Kavanagh (2009), 76.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 77; citando a Raz (1979), 200 y ss.

iii) Declaración de incompatibilidad

En *Ghaidan v. Mendoza*, Lord Steyn ofrece unos comentarios muy útiles para comprender la interacción entre las secciones 3(1) y 4 de la Ley de Derechos Humanos. Según Steyn, la sección 3(1) es “la principal medida reparadora” de la ley de 1998, mientras la sección 4 es “una medida de último recurso”¹⁹⁰. Como señala en este sentido Kavanagh, uno de los factores decisivos en el contexto de elegir entre ambas secciones es el deber judicial de hacer justicia para el recurrente y aplicar la ley de forma equitativa en cada caso concreto. Aunque no es el único que influye en la interpretación judicial, este factor

producirá a menudo un fuerte incentivo judicial para adoptar una interpretación según la sección 3(1) en situaciones donde o bien una declaración de incompatibilidad según la sección 4 sería incapaz de ofrecer una reparación para el individuo recurrente, o donde el tribunal piensa que una declaración según la sección 4 es poco probable que dé como resultado un cambio legislativo¹⁹¹.

Por ejemplo, en *Ghadian* y *R. v. A.* los recurrentes no hubieran tenido ninguna reparación de sus derechos si los tribunales se hubieran limitado a una declaración de incompatibilidad. Sin embargo, en *Bellinger v. Bellinger*¹⁹², la Cámara de los Lores sabía que una declaración de incompatibilidad no ofrecía ninguna solución inmediata a la recurrente, pero al mismo tiempo tenían constancia de que sus derechos estarían protegidos muy pronto mediante una nueva legislación entonces inminente. En este caso, la recurrente era una transexual que solicitaba la inclusión de una tercera categoría entre ‘masculino’ y ‘femenino’ en la sección 11(c) de la *Matrimonial Causes Act* de 1973. Sus señorías entendieron que una interpretación de la ley bajo la sección 3(1) tendría unas “ramificaciones prácticas de largo alcance”, provocando una serie de cuestiones cuya solución exigían una investigación extensiva y una amplia discusión y consulta pública que correspondía hacer al Parlamento y no a los tribunales. El reconocimiento del cambio de sexo a los efectos del matrimonio suponía una reforma legal de efectos radicales, que afectaba a múltiples áreas del Derecho, por lo que resultaba inapropiado hacerlo mediante una rectificación judicial. De hecho, el gobierno, a la luz de una reciente decisión del

¹⁹⁰ *Ghaidan*, supra nota 173, [46] y [50].

¹⁹¹ Kavanagh (2009), 119.

¹⁹² *Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 AC 467.

Tribunal Europeo para los Derechos Humanos¹⁹³, había anunciado poco antes su intención de introducir un cambio en la legislación con objeto de permitir a los transexuales contraer matrimonio en su nuevo sexo.

Según Tom Hickman, la Cámara debió haber aplicado en este caso la sección 3 con objeto de resolver la violación de derechos que había sufrido Mrs. Bellinger, dejando las cuestiones de más largo alcance al Parlamento. En opinión de este autor, la declaración de incompatibilidad demuestra que la Cámara “no se creyó capaz de determinar por sí misma la cuestión de derechos fundamentales que estaba en liza”¹⁹⁴. Sin embargo, como señala Kavanagh, la Cámara sí determinó la cuestión en materia de derechos, afirmando que los derechos del Convenio de Mrs. Bellinger habían sido claramente violados por la legislación. El problema al que se enfrentaba el tribunal era cuál era la reparación más adecuada a dicha violación de derechos, para lo cual debía tener en cuenta la división institucional del trabajo en la aplicación de tales reparaciones, así como el impacto de sus decisiones en la jurisprudencia y en la legislación en general. Los tribunales “tienen una importante responsabilidad constitucional de asegurar que sólo toman aquellas decisiones que descansan en un grado apropiado de pericia, competencia legislativa y legitimidad”¹⁹⁵. Analizaremos estas cuestiones en la tercera parte de este trabajo, cuando veamos el análisis de deferencia dentro del razonamiento judicial. De momento, nos es suficiente con reiterar que, en *Bellinger*, la preocupación de Lord Nicholls era que una decisión reconociendo a Mrs. Bellinger como ‘mujer’, a pesar de haber nacido varón, a los efectos de la legislación sobre matrimonio, afectaría a un amplio número de cuestiones que iban más allá de los hechos de este caso — por ejemplo, cuáles de las diversas formas de cambio de sexo podrían considerarse válidas a efectos de contraer matrimonio, o cuál sería el impacto del reconocimiento del matrimonio de Mrs. Bellinger en áreas tan distintas como vivienda, tributos, sucesiones, pensiones, seguros de vida y seguridad social.

Como vimos en la sección anterior, en *Ghadian* la Cámara reconoce dos tipos de límites de la interpretación de la sección 3(1): (a) no violar los rasgos fundamentales de la legislación y (b) no tomar decisiones que exijan “deliberación legislativa” para la que los tribunales no están preparados. En concreto, la Cámara cita el caso *Bellinger* como el mejor ejemplo de la segunda limitación. Para la primera, hace referencia al caso *Anderson*¹⁹⁶,

¹⁹³ *Goodwin v. United Kingdom* [2002] ECHR 588, donde se declaraba que el Reino Unido había violado los artículos 8 y 12 del Convenio por negar reconocimiento jurídico a los casos de cambio de género.

¹⁹⁴ Hickman (2005), 331.

¹⁹⁵ Kavanagh (2009), 137-138.

¹⁹⁶ *R. (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] 3 WLR 1800.

donde la Cámara especifica lo que entiende por “rasgos fundamentales”. Mr. Anderson, condenado a cadena perpetua por dos asesinatos, impugnó la sección 29 de la *Crime (Sentences) Act* de 1977 por virtud de la cual el Ministro de Interior le había impuesto un período de internamiento continuado superior al que habían recomendado los tribunales. Según su defensa, dicha sección violaba el derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio porque permitía al Ministro de Interior conceder la libertad condicional a los condenados a cadena perpetua, lo cual implicaba que era el Gobierno, y no los tribunales, el que decidía cuánto tiempo debían permanecer estos internos en prisión. La Cámara de los Lores, siguiendo una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁷, aceptó este argumento, afirmando que el poder decisor del Ministro de Interior no era el de “un tribunal independiente” como exige el artículo 6 del Convenio.

Como reparación, la Cámara se decantó unánimemente por una declaración de incompatibilidad. A pesar de que la defensa pidió que la sección impugnada se corrigiese bajo la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos, de modo que se interpretase como sujeta a la restricción de que el periodo máximo de internamiento no excediese la recomendación judicial, la Cámara rechazó esta opción como una interpretación “imposible”. Lord Bingham afirmó que la disposición impugnada confería claramente al Ministro de Interior el poder de otorgar la libertad condicional, y que leer de otro modo la disposición “no sería interpretación judicial sino vandalismo judicial”, puesto que implicaría dar a la sección “un efecto bien diferente del que el Parlamento pretendía [...] más allá de cualquier proceso interpretativo sancionado por la sección 3”¹⁹⁸. En el mismo sentido, Lord Steyn afirmó que la sección 3(1) “no es aplicable donde la interpretación sugerida es contraria a los términos expresos de la ley o tiene implicaciones que contradicen necesariamente la ley”¹⁹⁹.

Otro ejemplo de la limitación de los “rasgos fundamentales” es el caso *Re S*²⁰⁰. En esta ocasión, el Tribunal de Apelación leyó en la *Children Act* de 1989 una serie de nuevos poderes y procedimientos que permitían a los tribunales supervisar y controlar el cumplimiento de las decisiones judiciales de tutela por parte de las autoridades locales, con objeto de proteger a los menores de la violación de sus derechos según del artículo 8 del Convenio. La Cámara de los Lores revocó por unanimidad esta decisión alegando que la introducción de tales innovaciones en la ley suponía un uso inadecuado de la sección 3(1). Un rasgo fundamental de la ley impugnada era que los tribunales no tenían autoridad para

¹⁹⁷ *Stafford v. UK* [2002] 35 ECHR 466.

¹⁹⁸ *Anderson*, supra nota 196, [30].

¹⁹⁹ *Ibid.*, [59].

²⁰⁰ *Re S, Re W* [2002] 2 A.C. 291.

intervenir en el modo en que las autoridades locales satisfacían sus responsabilidades de tutela. La decisión del Tribunal de Apelación tenía el efecto de vulnerar este principio. En términos generales, Lord Nicholls señaló:

Un significado que se aparta sustancialmente de un rasgo fundamental de una ley del Parlamento es probable que cruce el límite entre interpretación y enmienda. Esto es especialmente cierto cuando la desviación tiene repercusiones prácticas que los tribunales no están preparados para evaluar. En tal caso el contexto general puede no dejar espacio para lograr la compatibilidad con el Convenio de la disposición jurídica mediante el uso legítimo del proceso interpretativo²⁰¹.

Estas declaraciones, sin embargo, parecen estar en contradicción con aquellas otras decisiones, como *R. v. A.* y *Ghadian*, donde la Cámara entendió estar legitimada por la sección 3(1) para ir contra la literalidad o la intención original de la legislación. Sin embargo, como vimos en el apartado anterior, la Cámara aclara este punto en *Ghadian* estableciendo que la intención original y los términos usados por el legislador no son una barrera infranqueable para la aplicación de la sección 3(1), sino dos factores a tener en cuenta a la hora de determinar si es apropiada o no una interpretación acorde a dicha sección en el contexto de cada caso particular. Como puede verse en los casos *Bellinger* y *Anderson*, lo que impide una interpretación según la sección 3(1) no es la desviación *per se* de la intención original del legislador, sino que tal interpretación requeriría una reforma radical de la disposición impugnada. En *Bellinger* la Cámara renunció a aplicar la sección 3(1) porque dicha interpretación tendría ramificaciones de largo alcance e implicaciones en otras áreas interrelacionadas de la legislación. En el caso de *Anderson*, la Cámara entendió que la reforma de la disposición bajo escrutinio violaría sus rasgos fundamentales.

Las decisiones de *Bellinger*, *Anderson* y *Re S* muestran que la elección entre las secciones 3 y 4 depende de las circunstancias y el contexto de cada caso. Desde un punto de vista abstracto, lo único que cabe decir es que la sección 3 debe usarse cuando sea apropiado, teniendo en cuenta todos los factores relevantes al asunto discutido ante el tribunal (incluidos los términos expresos y la intención original de la legislación), y que la sección 4 deberá usarse en caso contrario²⁰². No cabe, pues, adoptar una preferencia general *a priori* por una u otra solución judicial sobre la base de criterios ajenos a los hechos y el contexto de cada caso individual.

²⁰¹ *Ibid.*, [40].

²⁰² Kavanagh (2009), 123.

A pesar de ello, cabe afirmar que, en general, la sección 4 es una “medida de último recurso”²⁰³. Así se sigue de su propia literalidad. La sección 4(1) afirma que la declaración de incompatibilidad (sección 4(2)) “se aplicará en cualquier procedimiento en el que un tribunal determine si una disposición de legislación primaria es compatible con un derecho del Convenio”. Por lo tanto, la sección 3(1) debe ser el primer recurso del tribunal, puesto que para poder realizar una declaración de incompatibilidad debe explorarse con anterioridad la posibilidad de una interpretación compatible con el Convenio. O, dicho de otro modo, la elección entre las dos secciones no es una decisión entre dos disposiciones jurídicas del mismo peso. Frente a la “obligación de esforzarse por interpretar de manera compatible con los derechos del Convenio”, los tribunales sólo tienen “discrecionalidad para producir una declaración de incompatibilidad, si aquella interpretación se demostrara imposible”²⁰⁴.

Por otra parte, tanto en *Bellinger* como en *Anderson*, la Cámara tenía una fuerte evidencia de que el Parlamento estaba dispuesto a enmendar la legislación como respuesta a sendas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, parece lógico que los tribunales prefieran producir una declaración de incompatibilidad, en lugar de embarcarse en el proceso de la modificación legislativa. No obstante, cabe preguntarse si es legítimo que los tribunales decidan su resolución teniendo en cuenta cómo reaccionarán el gobierno o el Parlamento a una declaración de incompatibilidad. Según Jeffrey Jowell, los jueces deberían decidir la cuestión jurídica de principio con independencia de la posible respuesta del gobierno o el parlamento²⁰⁵. Sin embargo, como hemos visto en la sección dedicada a la intervención judicial, y como veremos mejor en las otras dos partes de este trabajo, el razonamiento judicial no sólo incluye la evaluación de la cuestión legal sustantiva (análisis de proporcionalidad), sino también consideraciones más amplias sobre la adecuación institucional para decidir de un modo u otro (análisis de deferencia). Como señala Kavanagh, las secciones 3 y 4 dejan a los tribunales la tarea de decidir cuándo es posible una interpretación que resuelva la violación de los derechos, y cuándo es más apropiado que sea el gobierno o el legislativo los encargados de encontrar dicha reparación. Tomar esta decisión “implica necesariamente evaluar qué institución está mejor situada para

²⁰³ *Ghaidan*, supra nota 173, [39] (Lord Steyn).

²⁰⁴ Kavanagh (2009), 125.

²⁰⁵ Jowell (2007b), 597.

llevar a cabo la reforma legal” y, al mismo tiempo, considerar “si el legislativo o el gobierno están dispuestos a realizar dicha reforma”²⁰⁶.

D. La réplica del legislador

En el modelo colaborativo, la ‘última palabra’ corresponde a los poderes representativos, orientados políticamente. La estructura ideal del modelo termina con el correspondiente debate legislativo, donde el parlamento valora hasta qué punto asume o no la decisión judicial. De este modo, se pretende evitar el ‘gobierno de los jueces’; el parlamento debe asumir la responsabilidad última sobre el Derecho que rige en el país, una vez que han funcionado los mecanismos que garantizan el respeto a los derechos fundamentales.

En Canadá, el Tribunal Supremo ha reconocido que la estructura de la Carta de 1982 implica que sus decisiones no son automática o necesariamente la última palabra en los debates democráticos en materia de derechos. Al contrario, sus decisiones más controvertidas “pueden tener una réplica por parte del legislativo mediante la producción de nuevas leyes (o incluso mediante leyes revocatorias siguiendo la sección 33 de la Carta). Este diálogo y rendición de cuentas entre los poderes del Estado tiene el efecto de promover el proceso democrático, no anularlo”²⁰⁷.

Aunque la sección 33 se suele considerar como la disposición más característica de la Carta canadiense (*the Charter*), es sin embargo la sección 1 el instrumento por el que habitualmente se producen las conversaciones constitucionales entre los tribunales y los legislativos de Canadá. Como veremos, en la mayoría de los casos en los que el Tribunal deja “sin vigor y sin efecto” una disposición legal o un acto administrativo, el Gobierno responde según la sección 1, produciendo una nueva legislación en la que las medidas para lograr el objetivo o proyecto iniciales se justifican como limitaciones razonables del derecho que el Tribunal trata de proteger. Como resultado, el debate parlamentario y los proyectos gubernamentales sufren una inevitable ‘distorsión’, producto del compromiso de los poderes políticos con la protección de los derechos fundamentales.

La sección 1 de la Carta canadiense permite que los tribunales llamen la atención de los poderes electos sobre el respeto debido al ejercicio de los derechos, impidiendo así que los ignoren o los limiten de manera indirecta y sin aportar ninguna razón para ello. Al mismo tiempo, permite a las instituciones políticas que expliquen a los tribunales y al

²⁰⁶ Kavanagh (2009), 135.

²⁰⁷ Vriend, *supra* nota 155, [139].

público sus proyectos regulativos, las alternativas de las que disponen y los compromisos de los que parten. El legislativo y el Gobierno deben asumir la responsabilidad democrática y ser capaces de justificar los límites que imponen a los derechos con razones que todos puedan aceptar razonablemente. De este modo, la sección 1 “promueve un diálogo constructivo y respetuoso en el que los tribunales y el legislativo pueden hacer lo que hacen mejor sin competir por quién es el mejor intérprete de la Carta o quién tiene mayor respaldo popular”²⁰⁸.

La sección 33 permite a los legislativos federal y provinciales promulgar legislación, no obstante (*notwithstanding*) su interferencia en las libertades fundamentales, los derechos legales y los derechos de igualdad y no discriminación de la Carta, por un período renovable de cinco años. Se excluye de esta cláusula, por tanto, el derecho al voto, los derechos de movilidad y los derechos lingüísticos. Además, se exige al legislativo que “declare expresamente” que la disposición específica operará no obstante las partes especificadas de la Carta. Por último, la provisión de los cinco años de plazo pretende promover el diálogo democrático, dado que dicho tiempo equivale a la duración máxima de una legislatura según la sección 4 de la Carta. La renovación de la cláusula *notwithstanding* puede ser una cuestión discutida en las siguientes elecciones.

Respecto a la versión británica, lo más relevante es la respuesta de las instituciones políticas a las declaraciones de incompatibilidad. En principio, el ejecutivo puede responder a una declaración judicial de este tipo de varias maneras. En primer lugar, puede pedir al legislativo que anule la disposición declarada incompatible mediante la promulgación de una ley. Para ello, puede introducir un proyecto de ley entre cuyos principales propósitos esté el de corregir la incompatibilidad, o puede añadir una disposición a un proyecto ya existente que guarda relación con el asunto, pero cuyo asunto principal es otro. En segundo lugar, el gobierno puede enmendar y reemplazar la disposición para eliminar la incompatibilidad mediante decreto bajo la sección 10 de la Ley de Derechos Humanos. Esta sección capacita a los ministros a usar legislación secundaria (decretos administrativos) para enmendar la ley con objeto de eliminar la incompatibilidad. Como especifica el Anexo 2 de dicha ley, el decreto debe presentarse ante el parlamento para una resolución afirmativa, o bien antes de entrar en vigor o bien, en casos de urgencia donde es necesario dotarlo de efecto inmediato, después de ser promulgado. Por último, el gobierno puede no hacer nada. En la práctica, sin

²⁰⁸ Roach (2001), 13.

embargo, cuando ha ocurrido esto, se debió a que el gobierno ya había enmendado la disposición impugnada con antelación a la declaración.

A continuación, veremos algunos ejemplos de las respuestas de los legisladores canadienses a la producción legislativa de los tribunales, dejando para el apartado siguiente el análisis de algunas respuestas del legislador británico ante las declaraciones judiciales de incompatibilidad.

a) A la producción legislativa de los tribunales

El lenguaje de las leyes bajo la Carta canadiense de 1982, particularmente en los preámbulos y cláusulas propositivas, sugiere que los legisladores de este país se han involucrado en un esquema colaborativo de protección de derechos mano a mano con los tribunales. Esto es especialmente visible en aquellas leyes promulgadas para reemplazar a las que previamente habían sido anuladas por resultar inconstitucionales. En tales casos, no es infrecuente que el preámbulo de la ley explique cómo las medidas adoptadas están dirigidas hacia un objetivo “apremiante y sustantivo”, y pretenden “limitar razonablemente” los derechos y libertades²⁰⁹. Hogg y Bushell, en su artículo seminal “*The Charter Dialogue*”, analizaron sistemáticamente las respuestas a las decisiones judiciales que invalidaban legislación bajo la Carta de 1982, y concluyeron que en la mayoría de los casos la nueva legislación realizaba el objetivo original del parlamento de un modo consistente con la interpretación de los tribunales de los derechos relevantes de la Carta. Según los autores, esta forma de actuar ponía de relieve que, respondiendo con medios menos restrictivos o más proporcionados para alcanzar sus legítimos objetivos, los legislativos podían cumplir con la decisión judicial y, simultáneamente, justificar la nueva ley. Este fenómeno de respuestas legislativas a las decisiones judiciales, conocido como ‘secuelas legislativas’, se ha convertido en una práctica común bajo la Carta de 1982 y ha sido la base de la ‘teoría del diálogo’²¹⁰.

A continuación, distinguiremos entre las respuestas legislativas que se adaptan a los criterios del Tribunal Supremo (‘secuelas legislativas’) y las que imponen un criterio distinto al de los jueces, logrando finalmente que el Tribunal lo asuma como propio (‘proactividad parlamentaria’).

²⁰⁹ Hogg y Bushell (1997), 101.

²¹⁰ Gardbaum (2013), 108.

i) Secuelas legislativas

En estos casos, el legislador asume los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, y trata de incorporarlos en sus proyectos legislativos con objeto de lograr de un modo algo distinto sus objetivos iniciales. Esa alteración de los proyectos iniciales como respuesta a las decisiones judiciales es lo que cabe llamar, con Tushnet, ‘distorsiones’ de la legislación y la política gubernamental (*policy distortion*)²¹¹. Veamos, a continuación, algunos ejemplos.

- Registro e incautación

El control judicial de los poderes de la policía está contemplado en la sección 8 de la Carta canadiense de 1982, que protege a los individuos contra registros e incautaciones “irrazonables”. En esta materia, el primer caso importante que llegó al Tribunal Supremo de Canadá tras la promulgación de la Carta fue *Hunter*, donde se discutió la constitucionalidad de una sección de la *Combines Investigation Act*, por la que se autorizaba registros e incautaciones como parte de las investigaciones previstas por la ley²¹². En concreto, la sección impugnada permitía al director de la *Combines Investigation Branch* entrar en los locales de una empresa para registrar e incautar documentación. El Tribunal entendió que esta forma de proceder violaba la sección 8 de la Carta, puesto que no exigía ni la autorización judicial ni la existencia de una causa razonable y probable que sustentara su realización. Tres años después, el Parlamento enmendó la ley con objeto de satisfacer los requisitos del Tribunal²¹³.

Otro ejemplo es *R. v. Duarte* y la posterior legislación a la que dio lugar²¹⁴. En este caso, el Tribunal Supremo revocó una disposición del Código Penal (*Criminal Code* 1985) por la que se permitía a la policía usar micrófonos sin autorización judicial. Según la mayoría del Tribunal, era un peligro que la policía pudiera realizar una vigilancia electrónica “según su discrecionalidad absoluta, contra quienes desee y por las razones que desee, sin ningún límite espacial o temporal. Hay una total ausencia de autorización judicial previa”²¹⁵. La respuesta del Parlamento consistió en la enmienda de la mencionada disposición por la

²¹¹ Tushnet (1995), 247.

²¹² *Hunter v. Southam*, supra nota 2.

²¹³ La enmienda se realizó con la revocación de la *Combines Investigation Act* y la introducción de una nueva disposición en la *Competition Act*, SC 1986, c. 26, s. 13. Véase Hogg y Bushell (1997), 89.

²¹⁴ *R. v. Duarte* [1990] 1 SCR 30.

²¹⁵ *Ibid.*, 46-47 (juez La Forest).

que se establecían una serie de garantías para llevar micrófonos, así como una autorización limitada para el uso de estos dispositivos sin autorización judicial²¹⁶. De este modo, el Parlamento respondió a la decisión del Tribunal ajustando las garantías en el uso de micrófonos a sus objetivos legítimos de persecución del delito, autorizando en determinados contextos el uso no autorizado de tales dispositivos.

Por último, en *R. v. Feeney*, el Tribunal mantuvo que el poder de entrar en una vivienda para detener a un supuesto delincuente no podía justificarse bajo la Carta y que, excepto en casos de persecución ininterrumpida, se requería una autorización judicial²¹⁷. Tal decisión provocó un fuerte rechazo en la opinión pública como un signo de activismo judicial para proteger los derechos de los acusados. A pesar de ello, la decisión incluía una suspensión de siete meses con objeto de dar al Parlamento la oportunidad de promulgar una nueva disposición. El Parlamento efectivamente promulgó una nueva legislación que exigía autorización judicial para entrar en domicilios con la intención de detener a supuestos delincuentes. Al mismo tiempo, el Parlamento también autorizó entradas a domicilios privados sin autorización para hacer detenciones en casos donde “circunstancias urgentes” harían impracticable obtener la autorización. Tales circunstancias se definían como “motivos razonables para sospechar que la entrada en el domicilio es necesaria para prevenir un daño corporal inminente o la muerte de una persona” y “motivos razonables para creer” que la entrada sin autorización era “necesaria para prevenir la pérdida o destrucción inminente de pruebas”²¹⁸.

A pesar de que estos casos se percibieron inicialmente como la manifestación de un excesivo activismo judicial, el resultado final no fue la imposición del criterio de los tribunales. Al contrario, frente a las decisiones del Tribunal Supremo que revocaban los poderes de registro de la policía, el Parlamento respondió estableciendo la autorización judicial de los registros según los requisitos que exigía el Tribunal y, al mismo tiempo, previendo registros sin autorización judicial en circunstancias excepcionales. Tales respuestas promovieron la democracia y el imperio de la ley, sin hacer uso del mecanismo

²¹⁶ La enmienda se realizó en 1993 y permanece vigente en la actualidad, aunque posteriormente se añadieron nuevas cláusulas para responder a los avances tecnológicos. La disposición enmendada permite a la policía obtener, si fuera necesario por teléfono, la autorización judicial para interceptar comunicaciones privadas, con el consentimiento de una de las partes, hasta sesenta días. Para ello deben ofrecer indicios razonables para creer que se está cometiendo un delito. A su vez, la policía puede usar micrófonos sin autorización judicial para responder a un riesgo de daño corporal o en circunstancias de urgencia donde dicha autorización no puede obtenerse “con razonable diligencia”. *Criminal Code*, RSC 1986, c. C-46, s. 184.

²¹⁷ *R. v. Feeney* [1997] 2 SCR 13.

²¹⁸ *Criminal Code*, RSC 1986, c. C-46, s. 529.3-2.

notwithstanding de la sección 33²¹⁹. El resultado de esta colaboración entre el Tribunal y el Parlamento fue una mejor legislación. Como señala Roach:

El diálogo entre el Tribunal y el Parlamento ha dado a la policía una amplia gama de poderes para conducir registros con y sin autorización. En lugar de permitir que los policías ejercieran su propia discrecionalidad para usar micrófonos o cámaras o derribaran puertas, el Parlamento ha exigido en la mayoría de los casos, aunque no en todos, la obtención de una autorización. El resultado ha sido reglas más claras y una mayor rendición de cuentas para los ciudadanos y para la policía.²²⁰

- Denegación de libertad bajo fianza

En el contexto del proceso penal, el Tribunal Supremo canadiense ha deferido en general al criterio del Parlamento. En *Morales*, el Tribunal mantuvo la denegación de fianza con objeto de prevenir la probabilidad de que el acusado cometa un nuevo delito si se le deja en libertad, aduciendo que “el sistema de fianzas [...] no funciona adecuadamente si los individuos cometen delitos estando en libertad bajo fianza”²²¹. También mantuvo la inversión de la prueba que requería a aquellos acusados de tráfico de drogas mostrar por qué deberían ser puestos en libertad. Sin embargo, derogó la disposición del Código Penal que autorizaba la denegación de fianza cuando la detención continuada del acusado era “necesaria para el interés público”. El Tribunal sostuvo que la proposición era demasiado vaga para satisfacer la sección 11(e) de la Carta de 1982, que prohíbe la denegación de fianza sin causa justa. Tras dicha decisión, el Parlamento reemplazó dicha disposición por otra que autorizaba la denegación de libertad bajo fianza “por cualquier otra causa justa que se demuestre” y, en casos de especial gravedad, “donde la detención sea necesaria para mantener la confianza en la administración de justicia”²²².

Posteriormente, en *Hall*, el Tribunal entendió por unanimidad que la expresión “por cualquier otra causa justa que se demuestre” seguía siendo inconstitucionalmente vaga, por lo que la dejó sin efecto²²³. Sin embargo, se dividió cinco frente a cuatro sobre la validez de la razón más específica que autorizaba la denegación de fianza “para mantener la confianza en la administración de justicia”. La mayoría defendió que el Parlamento había tenido en

²¹⁹ Roach (2001), 265; Hogg y Bushell (1997), 88.

²²⁰ Roach (2001), 179.

²²¹ *R. v. Morales* [1992] 3 SCR 711, 738 (juez Lamer).

²²² *Criminal Code*, RSC 1986, c. C-46, s. 515 (10).

²²³ *R. v. Hall*, [2002] 3 SCR 309.

cuenta las razones expresadas por el Tribunal en *Morales*, y que el resultado podía entenderse como un “ejemplo excelente” del “diálogo constitucional” entre los tribunales y el Parlamento²²⁴. La minoría, en cambio, mantuvo que los términos “administración de justicia” resultaban todavía demasiado vagos para ser constitucionalmente válidos. En su opinión, aunque el Parlamento había respondido a la decisión del Tribunal en *Morales*, “no lo había hecho con el debido respeto a los estándares constitucionales establecidos en ese caso”²²⁵, por lo que respaldar la nueva disposición significaba transformar “el diálogo en abdicación”²²⁶.

- Libertad de expresión

Como vimos en la sección anterior, el Tribunal Supremo de Canadá mantuvo en *RJR-MacDonald* que el Gobierno no había justificado la prohibición absoluta sobre la publicidad del tabaco, ni la exigencia de colocar en los paquetes de cigarrillos advertencias sobre las consecuencias perjudiciales de fumar²²⁷. Dos años después de esta decisión, el Parlamento federal respondió con una nueva legislación (*Bill C-71*). Para ello, siguió la sugerencia del Tribunal sobre las alternativas menos restrictivas a una prohibición total sobre la publicidad del tabaco, prohibiendo únicamente la publicidad referente a los estilos de vida. Además, exigió que las advertencias sobre las consecuencias nocivas del tabaco se atribuyeran a *Health Canada*. La nueva legislación también contenía restricciones sobre el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las compañías de tabaco. La nueva legislación se diseñó cuidadosamente para sobrevivir la impugnación constitucional que inevitablemente propugnarían las compañías tabacaleras. El Parlamento articuló los propósitos de su nueva legislación como respuesta a la “preocupación sustancial y urgente” que producía el tabaco como un problema nacional de salud pública y con la intención de proteger a los jóvenes de los peligros de fumar²²⁸.

La legislación fue criticada por un amplio sector de la opinión pública a causa de su excesiva sumisión a las sugerencias del Tribunal en una cuestión que no estaba claramente dentro de su ámbito de competencias. El resultado se vio por muchos como una legislación menos efectiva de lo que podía haber sido si el legislador hubiera hecho caso omiso del

²²⁴ Ibid., 333-334 (juez McLachlin).

²²⁵ Ibid., 369 (juez Iacobucci).

²²⁶ Ibid., 370 (juez Iacobucci).

²²⁷ *RJR-MacDonald Inc.*, supra nota 91.

²²⁸ Roach (2001), 184.

Tribunal, lo cual arrojaba dudas sobre los supuestos beneficios del diálogo constitucional. Las críticas pusieron de relieve la distorsión que se puede producir en las leyes cuando los legisladores tratan de ajustar la legislación a la interpretación judicial de los derechos. En este caso, la distorsión era aún más evidente, puesto que la interpretación judicial entraba en conflicto con la concepción del legislativo respecto al derecho protegido²²⁹. Sin embargo, como señala Roach, no se debería menospreciar la idea del diálogo o interacción entre el Tribunal y el Parlamento simplemente porque la respuesta de éste último resulte en algunos casos especialmente tibia²³⁰. En lugar de al esquema colaborativo, deberíamos pedir responsabilidades al legislativo por su falta de activismo en la respuesta a las decisiones del Tribunal.

¿Qué podía haber hecho el Parlamento sin salirse del esquema colaborativo que ofrece la Carta de 1982? La opción más drástica hubiera sido volver a promulgar la prohibición total declarando al mismo tiempo, según la sección 33, que la nueva legislación debería entrar en vigor no obstante el derecho de libertad de expresión. Dado los peligros del tabaco y el alto coste que tiene el hábito de fumar para la salud pública, no hubiera sido difícil para el Gobierno explicar a la opinión pública una respuesta de este tipo. De hecho, la decisión del Tribunal había recibido una crítica muy severa por parte del electorado, al tiempo que la medida legislativa había probado su enorme efectividad en la reducción de los daños del tabaco, por lo que no está claro por qué el Gobierno fue reacio a usar la cláusula *notwithstanding*²³¹.

Aun así, incluso aunque el Gobierno hubiese tenido razón al temer una reacción negativa del público ante la idea de anular un derecho básico como la libertad de expresión, tenía a su alcance otra opción menos brusca a través de la sección 1. Si el Parlamento tenía buenas razones para creer que una prohibición total era más efectiva que una prohibición restringida a aquellos anuncios que asociaban el tabaco a determinadas formas de vida socialmente deseables, entonces podía haber promulgado de nuevo aquella medida acompañándola de los estudios necesarios para demostrar que estaba en lo cierto. Según la jurisprudencia del Tribunal canadiense respecto a la sección 1 de la Carta que vimos en la sección anterior, el alto tribunal hubiera probablemente deferido al criterio del Gobierno si éste hubiese demostrado tener una base razonable para sostener su decisión. En definitiva, el Gobierno tenía la posibilidad de explicar mejor por qué era necesaria una prohibición total,

²²⁹ Manfredi (2001), 178.

²³⁰ Roach (2001), 185.

²³¹ Como señala Roach (*ibid.*), el Ministro de Sanidad y una parte del Parlamento recomendaron de hecho esta opción.

haciendo ver, por ejemplo, que la publicidad de las marcas de cigarrillos se diseñaba conscientemente para reflejar determinados estilos de vida. Todo este esfuerzo de justificación se podría criticar también como una forma de distorsión de la labor de los legisladores, pero no parece que quepa considerarlo como inherentemente malo o debilitador de la democracia.

- Interrupción voluntaria del embarazo

Este ejemplo ilustra especialmente bien la forma en que el Tribunal Supremo canadiense entiende su papel en una democracia, así como la necesidad de un alto grado de activismo parlamentario para que el modelo funcione adecuadamente. La cuestión del aborto va ligada en Canadá al nombre de Henry Morgentaler. En los años 70, el doctor Morgentaler practicaba abiertamente este tipo de intervenciones en su clínica de Montreal, desafiando el Código Penal que permitía abortos sólo si se realizaban en un hospital y tras la debida certificación por un comité de doctores del peligro para la vida o la salud de la madre la continuación del embarazo²³². El doctor fue acusado de practicar abortos ilegales, pero el tribunal de primera instancia lo absolvió atendiendo al argumento de sus abogados que alegaron la necesidad de tales prácticas. El Tribunal de Apelación de Quebec, sin embargo, derogó la absolución, entendiendo que no existía evidencia alguna que pudiera justificar la eximente de necesidad. Pero en lugar de seguir el procedimiento habitual y ordenar un nuevo juicio, el Tribunal de Apelación condenó a Morgentaler sobre la base de que no tenía defensa legal posible. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, los abogados de Morgentaler (acompañados por asociaciones en pro de la libertad de las mujeres y de los derechos civiles) pidieron la derogación de la sección correspondiente del Código Penal bajo la Carta de 1960 como una negación del derecho de las mujeres a la privacidad y la igualdad. Para ello, citaron al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Roe v. Wade*, donde se declara el derecho de la mujer a abortar en su primer trimestre de embarazo. También citaron el caso *Drybones*, donde el Tribunal Supremo de Canadá había derogado, al amparo de la Carta de 1960, una ley discriminatoria con los indígenas. Sin embargo, el Tribunal, presidido por el juez Laskin, finalmente decidió no entrar a decidir sobre la validez de la disposición impugnada²³³. Laskin era conocido como un defensor proactivo de los derechos individuales, pero incluso él no estaba preparado para seguir *Roe v. Wade*.

²³² *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34 s. 251.

²³³ *Morgentaler v. The Queen* [1976] 1 SCR 616.

Aproximadamente diez años después, el mismo doctor fue de nuevo acusado de practicar abortos fuera de un hospital y sin la aprobación de un comité de doctores. En esta ocasión los abogados del médico argumentaron que la sección 251(4) del Código Penal violaba la recién promulgada Carta de 1982. Basaron sus argumentos en la sección 7, que garantiza “el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a no ser privado de él excepto de acuerdo con los principios de la justicia fundamental”. El Tribunal se dividió en dos grupos²³⁴. Por un lado, el grupo liderado por el juez La Forest, quería evitar la doctrina estadounidense del ‘proceso debido sustantivo’ que permite a los tribunales revisar la justicia sustantiva de las leyes. La Forest subrayó el derecho del Parlamento a legislar sobre la materia. El otro grupo, liderado por la juez Wilson, defendía la necesidad de derogar la ley del aborto como una infracción injustificada de la libertad de las mujeres. Wilson reconocía el interés en competencia de proteger al feto, pero eso no evitaba, según la juez, que el Parlamento tuviera que justificar cualquier restricción de la libertad de las mujeres de acuerdo con la sección 1 de la Carta de 1982. El empate lo deshizo el juez presidente Dickson votando a favor de esta segunda postura, pero añadiendo una serie de matices que indicaban el carácter singular de la justicia constitucional canadiense frente a la estadounidense²³⁵.

Por una parte, Dickson empezó poniendo de relieve los cambios que se habían producido desde la decisión del Tribunal bajo la Carta de 1960. En el primer caso *Morgentaler*, el Tribunal no quiso entrar en el debate público sobre el aborto. En esta ocasión, sin embargo, aunque el Tribunal seguía sin poder “resolver todos los asuntos controvertidos propios de un debate público vigoroso y sano”, ni desarrollar “programas controvertidos y complejos de política pública”, se había operado un cambio fundamental en el papel del Tribunal y en el Derecho de Canadá. Correspondía al Tribunal “asegurar que las iniciativas legislativas de nuestros legislativos se conforman con los valores democráticos expresados en la Carta canadiense de Derechos y Libertades”²³⁶. Pero Dickson trató de evitar que su decisión se basara en la libertad de la mujer. En su opinión, no era necesario “pisar la fina línea entre la revisión sustantiva y la adjudicación sobre políticas públicas”, ni tampoco decidir, como el Tribunal estadounidense en *Roe v. Wade*, si la Carta protegía un derecho a la privacidad o a la completa libertad de elección en el primer trimestre de embarazo. En definitiva, Dickson entendió que el Gobierno no había justificado la

²³⁴ *R. v. Morgentaler* [1988] 1 SCR 30.

²³⁵ Sharpe y Roach (2003), 18.

²³⁶ *R. v. Morgentaler*, supra nota 234, 46.

disposición penal como un límite razonable de los derechos de la mujer, pero evitó decidir si dicha disposición violaba la libertad de conciencia de las mujeres. En su lugar, Dickson afirmó que esa disposición no estaba justificada porque no lograba establecer un adecuado equilibrio entre los intereses en competencia de la mujer y el feto. La disposición impugnada era arbitraria e injusta, puesto que negaba a las mujeres el acceso al aborto incluso cuando la continuación de su embarazo podía suponer en peligro la vida o la salud de la madre²³⁷.

Según este enfoque, aunque la Carta de 1982 había convertido al Tribunal Supremo en un protector de los valores constitucionales, era preciso mantener una actitud de respeto hacia la capacidad de autogobierno de la sociedad. El debate filosófico, político, científico y teológico sobre el aborto correspondía al Parlamento. Como consecuencia, el Tribunal evitó intentar imponer una solución judicial detallada al debate del aborto. Pero tampoco abdicó de sus nuevas responsabilidades de revisión judicial amparándose en que la Carta no trata explícitamente esta cuestión. Su sentencia dejó espacio al Parlamento para vislumbrar una nueva legislación sobre la materia. Sin embargo, ésta nunca llegó, dejando Canadá como uno de los pocos países que no tiene restricciones legales para la práctica del aborto inducido. Una vez más, el problema que plantea este caso no deriva del esquema colaborativo mismo, o de un uso excesivamente activista de sus prerrogativas por parte del Tribunal, sino de la ausencia de activismo parlamentario a la hora de establecer sus propios criterios sobre la naturaleza y el alcance de los derechos. El Tribunal canadiense, a diferencia del estadounidense en *Roe v. Wade*, no dictó ninguna medida particular sobre el aborto, y estuvo dispuesta a ponderar los derechos de la mujer con el interés legítimo del Estado en proteger al feto. Como señala Roach, el hecho de no promulgar una nueva legislación tras *Morgentaler* sugiere que “el buen funcionamiento del sistema parlamentario puede ser tan importante como las secciones 1 y 33 de la Carta en orden a asegurar que el Tribunal no tenga la última palabra en materias de política social”²³⁸. Si a pesar de un proceso parlamentario bien diseñado, el Gobierno electo no se decide a romper la inercia legislativa y responder a una decisión del Tribunal, no parece razonable concluir que el esquema colaborativo favorece finalmente el monólogo judicial. Un modelo colaborativo como el que establece la Carta canadiense de 1982 deja un amplio margen para el diálogo,

²³⁷ Ibid., 75-76.

²³⁸ Roach (2001), 194. Hay que recordar que el fracaso del Primer Ministro Mulroney en su intento de sacar adelante una ley del aborto en 1988 se debió, en un principio, al desastre que supuso el procedimiento parlamentario de dejar a los diputados votar libremente. Con posterioridad, el Gobierno logró sacar adelante por la mínima el *Bill* C-43 que despenalizaba el aborto únicamente cuando había peligro para la vida de la madre. Sin embargo, dicho proyecto fue rechazado en el Senado.

pero éste sólo puede tener lugar si tanto el Parlamento como el Tribunal se involucran y hacen contribuciones efectivas a esa conversación constitucional.

- Matrimonio del mismo sexo

Frente a la falta de activismo parlamentario del caso anterior, la cuestión del matrimonio gay representa un ejemplo de cómo la intervención judicial no sólo no debilita la democracia, sino que puede promover el debate y la acción parlamentaria. Como vimos, el Tribunal Supremo reconoció en *M. v. H.* que las parejas homosexuales debían tener las mismas cargas y beneficios que las parejas heterosexuales²³⁹. Sin embargo, quiso evitar la acusación de activismo judicial permitiendo a los legislativos que desarrollaran el asunto según su criterio, y subrayando que la decisión del caso no implicaba el reconocimiento del matrimonio gay. Por ello, limitó su decisión a declarar inválida la legislación impugnada, dejando un plazo de seis meses para su aplicación. Los Parlamentos provinciales respondieron inmediatamente, aunque sus respuestas fueron muy diferentes: desde la aceptación sin condiciones en British Columbia, modificando la legislación para igualar en derechos a las parejas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales, hasta el rechazo frontal de la decisión en Alberta, donde se usó la sección 33 para dejar fuera de la ley a las parejas homosexuales durante al menos cinco años. El resto de las provincias se movió entre estos dos extremos²⁴⁰.

La mayoría de las decisiones posteriores en los Tribunales de Apelación de las provincias reconocieron las relaciones del mismo sexo como matrimonios, aunque dejando algún margen para la respuesta de los legisladores. Según los tribunales, la aplicación del principio de no discriminación conducía inevitablemente a la reformulación de la definición de matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo, pero en casi todos los casos aplazaron la aplicación de esta medida durante dos años²⁴¹.

²³⁹ *M. v. H.*, supra nota 139.

²⁴⁰ En términos generales, Ontario, Nova Scotia y Quebec cumplieron la decisión judicial de modo reticente, modificando la legislación con el fin de igualar los derechos de todas las parejas, pero preservando los valores tradicionales de la familia y reservando el nombre de ‘cónyuges’ para las parejas heterosexuales. Véase Murphy (2001).

²⁴¹ Así, por ejemplo, *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 OR (3d) 321 (Tribunal de Apelación de Ontario), *Hendricks v. Quebec*, [2002] JQ no. 3816 (Tribunal de Apelación de Quebec) y *EGALE v. Canada* (2003), 225 DLR (4th) 474 (Tribunal de Apelación de British Columbia).

Pero fue el Parlamento federal el que finalmente jugó la baza definitiva²⁴². En un primer momento, durante los años 1999 y 2000, la respuesta de la *House of Commons* fue promulgar una nueva legislación en la que se mantenía la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer con exclusión de todos los demás, aunque añadiendo una disposición por la que se extendían los mismos beneficios a las parejas del mismo sexo. En aquel momento, “la idea dominante era que la mayoría de los canadienses creían que el matrimonio estaba y debía estar limitado a las parejas de sexo opuesto”, por lo que el Parlamento justificó su acción simplemente sobre la base del deseo de la mayoría²⁴³. Pero fue precisamente esa percepción social la que cambió drásticamente, lo que obligó al Parlamento a reconsiderar la cuestión en 2003. Fue entonces cuando el Gobierno redactó un proyecto legislativo reconociendo los matrimonios del mismo sexo, pero permitiendo que las confesiones religiosas pudieran no reconocer tales matrimonios. De este modo, el Gobierno amplió el debate más allá de la definición civil del matrimonio, con objeto de incluir la libertad de las confesiones religiosas para decidir por su cuenta si reconocían o no el matrimonio del mismo sexo.

El Gobierno decidió entonces dirigir ese proyecto legislativo al Tribunal Supremo preguntando esencialmente sobre su constitucionalidad. Este mecanismo de consulta (*the reference procedure*) es un importante “instrumento de diálogo que permite al Gobierno enviar borradores de legislación al Tribunal y que contrasta con la prohibición de envíos bajo el modelo no dialógico de la Carta de Derechos norteamericana”²⁴⁴. En 2004, el Tribunal emitió su respuesta, afirmando que el Gobierno tenía la autoridad para enmendar la definición de matrimonio, pero no decidió sobre si tal cambio venía exigido por los requisitos de igualdad y no discriminación de la Carta²⁴⁵. Justo después de recibir la respuesta del Tribunal, el Gobierno introdujo en el Parlamento el proyecto *Bill C-36* que extendía el matrimonio a las parejas del mismo sexo. En el verano de 2005 se promulgó la ley con el título “*An Act respecting certain aspects of legal capacity for Marriage for civil purposes*” (“*The Civil Marriage Act*”). En su Preámbulo, la ley hace mención expresa a las exigencias de igualdad de la Carta y a las reiteradas decisiones de los tribunales reconociendo la igualdad de acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo; asimismo,

²⁴² No en vano la competencia del Parlamento federal para legislar sobre ‘matrimonio y divorcio’ está claramente establecida en la sección 91(26) de la Ley Constitucional de 1867.

²⁴³ Roach (2005), 612.

²⁴⁴ *Ibid.*, 617.

²⁴⁵ *Reference re Same-Sex Marriage*, supra nota 9.

prohíbe el uso de la sección 33 para impedir que alguna provincia intente negarse a aplicar sus disposiciones²⁴⁶.

En definitiva, cabe observar en este caso un buen ejemplo de colaboración entre los tribunales y los legislativos. Los jueces actuaron de manera audaz, iniciando el debate a partir del principio de no discriminación, pero los legisladores jugaron un papel importante buscando un equilibrio entre el reconocimiento del matrimonio gay y la libertad religiosa.

- Derecho al voto de los presos

Sauvé es quizá la decisión del Tribunal Supremo de Canadá más conocida y criticada por su activismo judicial. En este caso, se cuestionaba la constitucionalidad de la sección 51(e) de la Ley electoral de Canadá (*Canada Elections Act* 1985), por la que se privaba a todos los presos del derecho al voto. Antes de llegar al más alto tribunal, dicha disposición legal se impugnó en distintas jurisdicciones y ante diferentes tribunales, al tiempo que fue objeto de estudio por el Parlamento federal con el fin de encontrar su mejor acomodo constitucional.

En 1988, el Tribunal de Apelación de Ontario decidió invalidar dicha disposición por ser contraria a la sección 3 de la Carta de 1982 (“derechos democráticos”), rechazando el argumento del Gobierno según el cual una democracia liberal necesitaba basarse en “una ciudadanía decente y responsable”²⁴⁷. Tres años más tarde, el Tribunal Federal (*Trial Division*) volvió a declarar en otro caso la inconstitucionalidad de la mencionada sección²⁴⁸. Ambas decisiones fueron apeladas, y las dos recibieron su ratificación. Por un lado, el Tribunal Federal de Apelación ratificó la sentencia del Tribunal Federal²⁴⁹ y, por otro, el Tribunal Supremo de Canadá respaldó las decisiones del Tribunal de Apelación de Ontario y del Tribunal Federal de Apelación, afirmando que la disposición impugnada “está redactada en términos demasiado amplios y no logra satisfacer el test de la proporcionalidad, en particular el componente del mínimo daño de dicho test, según la jurisprudencia de la

²⁴⁶ “MIENTRAS el Parlamento de Canadá está comprometido en la defensa de la Constitución de Canadá, y la sección 15 de la Carta canadiense de derechos y libertades garantiza que todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación; MIENTRAS los tribunales en una mayoría de provincias y un territorio han reconocido que el derecho a la igualdad sin discriminación requiere que las parejas del mismo sexo y las parejas de sexos opuestos tengan el mismo acceso al matrimonio para propósitos civiles; (...)

MIENTRAS, a la luz de estas consideraciones, el compromiso del Parlamento de Canadá de defender el derecho a la igualdad sin discriminación excluye el uso de la sección 33 de la Carta canadiense de derechos y libertades para negar el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder en igualdad de condiciones al matrimonio para propósitos civiles.” (Preámbulo de la *Civil Marriage Act* 2005).

²⁴⁷ *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988) 53 DLR (4th) 595, [20] (juez Arbour).

²⁴⁸ *Belczowski v. Canada* (1991) 3 FC 151 (TD).

²⁴⁹ *Belczowski v. Canada* (1992) 90 DLR (4th) 330.

sección 1 de la Carta”²⁵⁰. Con tal resolución, el Tribunal Supremo parecía invitar al Parlamento a responder a su decisión con otra disposición más matizada que tuviera en cuenta el componente del mínimo daño.

Al mismo tiempo, el Parlamento federal constituyó la Comisión Especial para la Reforma Electoral, con el propósito de discutir, entre otras cosas, una enmienda de la controvertida medida que evitase en lo posible su futura impugnación bajo la Carta. Finalmente, la Comisión recomendó la privación de derechos de todos los presos sentenciados a dos o más años de internamiento penitenciario. En 1993, el Parlamento canadiense debatió y adoptó un proyecto de ley (*Bill C-114*) que enmendaba la sección 51(e) de la Ley electoral con el fin de implementar las recomendaciones de la Comisión.

En 1996, Richard Sauvé, un indígena canadiense, volvió a impugnar la sección 51(e) ante el Tribunal Federal (*Trial Division*), el cual la declaró de nuevo inconstitucional por vulnerar la sección 3 de la Carta²⁵¹. Tres años más tarde, sin embargo, el Tribunal Federal de Apelación rechazó la impugnación, afirmando que se trataba de una infracción razonablemente justificada²⁵². Según el juez Linden, que redactó la opinión de la mayoría, el caso reunía los rasgos típicos del “diálogo” entre la judicatura y el legislativo. La enmienda legislativa de 1993 mostraba que el Parlamento había respondido al consejo judicial tratando simultáneamente de conseguir sus objetivos y de cumplir con la Carta. El juez Linden consideró que el objetivo de la medida no era, como había creído el Tribunal Federal, impedir que la privación de derechos estuviese ajustada por los jueces a cada caso, sino promover la responsabilidad cívica y el respeto al imperio de la Ley, así como promover la sanción penal. Se apoyó para ello en el debate parlamentario, en donde, según el juez, además de haberse discutido la cuestión en profundidad, se había tenido en cuenta plenamente las revisiones judiciales anteriores sobre la privación de derechos y su compatibilidad con la Carta. Según dicha jurisprudencia, el Tribunal Supremo nunca había afirmado que el Parlamento no pudiese privar de derechos a los presos, lo cual permitía la opción de una posible privación más restringida. Por todo ello, Linden concluyó que la sección 51(e) era una respuesta proporcional para delitos serios, y que “concluir otra cosa suponía desafiar el derecho del Parlamento a utilizar la ley para promover la responsabilidad

²⁵⁰ *Sauvé v. Canada (Attorney General)* [1993] 2 SCR 438, [2].

²⁵¹ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* (1996) 1 FC 857.

²⁵² *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* (1999) 180 DLR (4th) 385.

cívica y establecer las consecuencias de los delitos que más aborrecen a la sociedad canadiense”²⁵³.

Cuando la causa llegó de nuevo al Tribunal Supremo en 2002, el alto tribunal respaldó por 5 a 4 la impugnación de Sauvé, afirmando, en contra del Tribunal Federal de Apelación, la inconstitucionalidad de la nueva sección 51(e)²⁵⁴. En su voto de disconformidad, el magistrado Gonthier expresó los mismos argumentos que Linden. La esencia de la teoría del diálogo “es que ni los tribunales ni el Parlamento tienen el monopolio en la determinación de los valores”²⁵⁵. Si el Parlamento había justificado las limitaciones que trataba de establecer sobre un derecho, el diálogo debía terminar; la última palabra correspondía al Parlamento, y el Tribunal no podía impedir las opciones políticas razonables del Parlamento porque no coincidieran con las suyas. La mayoría del Tribunal, en cambio, a través de la juez presidente McLachlin, argumentaron que la teoría del diálogo no equivalía a que la reconsideración legislativa de una disposición declarada inconstitucional exigiera automáticamente la deferencia judicial. “La promoción sana e importante de un diálogo entre el legislativo y los tribunales no debería degradarse hasta el punto de equivaler a la regla de ‘si al principio no lo logra, vuelva a intentarlo de nuevo’”²⁵⁶.

Según Gonthier, el asunto implicaba una discusión entre dos filosofías sociales y políticas distintas y razonables, de modo que el Parlamento podía elegir entre ambas, y el Tribunal tenía el deber de respetar esa elección. Para McLachlin, sin embargo, el asunto trataba de un derecho ‘democrático crucial’, por lo que no caía “dentro de un ‘rango de alternativas aceptables’ entre las que el Parlamento puede elegir discrecionalmente”²⁵⁷. La privación del derecho al voto no era simplemente una cuestión de filosofías sociales en disputa. Además, la mera existencia del debate legislativo no implicaba la aceptación automática de su resultado: los tribunales debían retener su capacidad para analizar el resultado y salvaguardar los derechos democráticos²⁵⁸.

Para McLachlin, por tanto, el Parlamento tenía el deber de justificar su decisión de infringir derechos de la Carta, identificando claramente el objetivo que deseaba alcanzar y explicando por qué la infracción era necesaria para lograrlo. Este deber se hacía aún más

²⁵³ Ibid., [96].

²⁵⁴ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* [2002] SCC 68.

²⁵⁵ Ibid., [104].

²⁵⁶ Ibid., [17].

²⁵⁷ Ibid., [13].

²⁵⁸ Ibid.

acuciante en este caso, puesto que el Parlamento trataba de limitar “los fundamentos de la democracia participativa garantizados por la Carta”²⁵⁹.

En última instancia, la gente no debería tener que adivinar por qué sus derechos constitucionales han sido infringidos. Una justificación demostrable exige que el objetivo revele claramente el daño que el gobierno espera remediar, y que este objetivo permanezca constante a lo largo del proceso de justificación [...] Si el Parlamento puede infringir un derecho crucial como el derecho al voto simplemente ofreciendo razones simbólicas y abstractas, entonces la revisión judicial o bien queda constreñida hasta la vacuidad, o bien se reduce a una discusión de ‘nuestros símbolos son mejores que los suyos’. Ninguno de estos resultados es compatible con el vigoroso análisis justificativo que exige la Carta²⁶⁰.

ii) Proactividad parlamentaria

En este apartado veremos dos ejemplos que ilustran la proactividad parlamentaria respecto a la interpretación de los derechos: el primero relativo a los casos de abuso sexual, y el segundo relativo a los derechos lingüísticos. Veremos que, en el primer caso, el Parlamento federal de Canadá no usó la sección 33 de la Carta como canal de diálogo con los tribunales, y, en el segundo, el Parlamento de Quebec lo usó de un modo general y retrospectivo, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo lo consideró como un ejercicio legítimo de la autoridad revocatoria establecida en dicha sección.

• Agresiones sexuales

Para ver cómo el Parlamento federal canadiense ha ejercido efectivamente dicho papel proactivo, nos referiremos brevemente a tres casos significativos sobre agresión sexual, en los que se discute el mérito constitucional que debe otorgarse a las disposiciones legales que regulan, respectivamente, el consentimiento, la intoxicación extrema y el acceso al historial privado de la víctima²⁶¹. En este contexto, el desacuerdo entre el Parlamento y el Tribunal reside en las distintas prioridades que cada uno da a los principios constitucionales en juego. Mientras para el Tribunal la consideración fundamental es el derecho del acusado a un juicio justo, para el Parlamento debe tenerse también en cuenta el derecho de las mujeres a la igual

²⁵⁹ Ibid., [15].

²⁶⁰ Ibid., [23].

²⁶¹ Aquí tomo como referencia Hiebert (2002), cap. 5; (2004), 1974-1975.

consideración y respeto, pues son ellas en la mayoría de los casos las víctimas de tales agresiones.

En *R. v. Seaboyer*, el Tribunal acordó la inconstitucionalidad de las secciones del Código Penal que impedían el uso del historial sexual de las mujeres por parte de la defensa²⁶². El Parlamento había considerado necesaria dicha legislación porque los jueces acostumbraban a aceptar este tipo de información con el fin de averiguar si había habido un consentimiento de la mujer con anterioridad, lo cual a menudo servía para deducir dicho consentimiento también en el momento de la agresión, o por lo menos para desacreditar su acusación como víctima involuntaria. Según el Tribunal, la legislación impugnada violaba los principios de justicia fundamental (sección 7) y la presunción de inocencia (sección 11(d)). Como respuesta a la decisión judicial, el Gobierno federal introdujo cambios sustanciales en el Código Penal a través del *Bill C-49*, que trataba en concreto la cuestión del consentimiento²⁶³. Mediante esta medida, el Parlamento restringía fuertemente los casos en que eran admisibles las pruebas sobre el pasado sexual de la mujer, estipulando que no había lugar para inferir de la actividad sexual previa de la mujer una mayor probabilidad de consentimiento en el momento de la agresión o una menor base para confiar en su palabra. Además, la nueva legislación hacía más difícil para el acusado el uso de la “creencia errónea” como una defensa legal. Lo relevante para nosotros es que, aunque el *Bill C-49* fue posteriormente impugnado en *R. v. Darrach*, el Tribunal respaldó por unanimidad la decisión parlamentaria de restringir el uso de la actividad sexual previa como prueba, sin considerar que ello pudiera afectar negativamente al derecho a un juicio justo.

En *R. v. Daviault*²⁶⁴, el Tribunal estableció que la Carta exigía la modificación de una regla de *common law* con objeto de permitir que se pudiera usar la embriaguez extrema como una defensa en los delitos de agresión sexual. La mayoría del Tribunal consideró que no era válido bajo la Carta prohibir una absolución cuando el acusado podía probar que en el momento de la agresión actuó, debido a la intoxicación etílica, en un estado similar al automatismo o la enajenación mental (“*drunkenness akin to automatism*”). Los magistrados se distanciaron así de la regla tradicional del *common law* según la cual el acusado de un delito doloso no podía alegar en su defensa la intoxicación etílica. El Tribunal consideró que defender esta regla del *common law* suponía violar el principio de justicia fundamental de la sección 7 y la presunción de inocencia de la sección 11(d) de la Carta.

²⁶² *R. v. Seaboyer* [1991] 2 SCR 577.

²⁶³ *Bill C-49*, SC 1992, c. 38.

²⁶⁴ *R. v. Daviault* [1994] 3 SCR 63.

Henry Daviault era un alcohólico septuagenario que había agredido sexualmente a la mujer de un amigo, una mujer de 65 años que vivía confinada en una silla de ruedas. Parece ser que el agresor, según su propia versión, había ingerido una gran cantidad de cerveza y coñac la noche del incidente, por lo que aseguraba no guardar ningún recuerdo de lo acontecido. El Tribunal lo absolvió alegando que, aunque el acusado había cometido el delito, existía la duda razonable de que, por causa de la intoxicación extrema, poseyera la mínima intencionalidad necesaria para ser condenado por agresión sexual. Dicha decisión provocó un gran rechazo en la sociedad canadiense, y en especial entre los grupos defensores de los derechos de la mujer, los cuales presionaron activamente al Gobierno para que respondiera con una nueva ley al cambio de la regla de *common law*.

El Gobierno respondió a *Daviault* con el *Bill C-72*, donde se restauraba la regla de que la intoxicación inducida no puede usarse como defensa contra las acusaciones de delitos dolosos violentos como la agresión sexual²⁶⁵. La disposición legal estableció un estándar de conducta razonable que pretendía reflejar el principio de responsabilidad por los actos producidos a partir de una intoxicación autoinducida. Dicho estándar se consideraría violado desde el momento en que un individuo se intoxica voluntariamente hasta perder el control consciente de sus actos y causa daño a otros. La violación de este estándar era suficiente para apreciar responsabilidad criminal. “Con el establecimiento de este estándar de cuidado, los jueces dejaban de tener la carga de evaluar la importancia de la intoxicación en términos de intención criminal”²⁶⁶.

El proyecto de ley recibió el apoyo de todos los partidos representados en la Cámara de los Comunes. Una vez en sede parlamentaria, el Ministro de Justicia envió el proyecto a la Comisión de Justicia y Asuntos Legales con objeto de evaluar los aspectos constitucionales del proyecto y establecer el mejor fundamento posible de la posición del legislativo. Ante la Comisión declararon varios científicos prominentes, quienes rechazaron categóricamente el vínculo que había establecido el Tribunal entre la intoxicación y el automatismo. Según los expertos, el alcohol no puede inducir por sí mismo un estado semejante al automatismo; para ello es necesario que exista además algún tipo de enfermedad o desequilibrio psicológico. La decisión del Tribunal, por tanto, no se sostenía desde un punto de vista científico.

El proyecto se aprobó con un largo preámbulo donde el Parlamento trató conscientemente de ofrecer al Tribunal la mejor justificación de su decisión, con la

²⁶⁵ *Bill C-72*, SC 1995, c. 32.

²⁶⁶ Hiebert (2002), 103.

esperanza de influir positivamente en la evaluación judicial de las leyes²⁶⁷. Aparte de recoger las evidencias científicas que rechazaban el vínculo entre intoxicación y automatismo, el preámbulo reflejaba la preocupación del Parlamento (ausente en el razonamiento del Tribunal) por el impacto que producía la violencia en la seguridad personal y la igual protección legal de las mujeres.

En *R v. O'Connor*, el Tribunal Supremo tuvo que decidir si la defensa del acusado por agresión sexual podía solicitar una orden judicial para exigir los registros confidenciales de la víctima que obraban en posesión de los terapeutas y doctores²⁶⁸. El Tribunal decidió que tales registros eran relevantes, pero por un estrecho margen de 5 a 4. La división en el voto reflejaba un profundo desacuerdo en torno a si la interpretación de las reglas legales discriminaba a las mujeres, así como sobre la relevancia de las consideraciones de igualdad en el contexto de las agresiones sexuales. En el juicio inicial, donde se acusaba a un obispo católico de violación y agresión aprovechándose de su cargo como director de un internado, el juez ordenó la revelación de todos los registros médicos, terapéuticos y escolares tal como lo había solicitado la defensa del acusado, alegando que tales registros eran necesarios para evaluar la credibilidad de la supuesta víctima. El Tribunal Supremo avaló la orden del juez sobre la base de que tales registros pueden ser relevantes y necesarios para una defensa plena en un juicio justo.

En su decisión, el Tribunal estableció un proceso en dos etapas para determinar si era oportuno la revelación de tales registros. En primer lugar, el acusado tenía que establecer que la información en cuestión tenía visos de ser relevante; a continuación, el juez tenía que decidir si dichos registros podían estar a disposición del acusado. Sin embargo, teniendo en cuenta que el acusado no podía conocer con antelación el contenido de los registros, la mayoría del Tribunal fijó un umbral poco exigente para demostrar la relevancia de tal información. El juez, a su vez, debía contrapesar el derecho a la privacidad de la supuesta víctima con el derecho del acusado a una apropiada defensa. Frente a esta posición

²⁶⁷ En su preámbulo, la *Bill C-72*, supra nota 265, afirma:

MIENTRAS el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente perjudicial sobre la igual participación de mujeres y niños en la vida social y sobre los derechos de seguridad personal de las mujeres y los niños y sobre la igualdad de protección y beneficios de la ley como garantizan las secciones 7, 15 y 28 de la Carta de Derechos y Libertades;

MIENTRAS el Parlamento de Canadá reconoce que hay una estrecha asociación entre violencia y embriaguez y es consciente de que la embriaguez autoinducida puede usarse social y legalmente para explicar la violencia, particularmente contra mujeres y niños; [...]

MIENTRAS el Parlamento de Canadá desea promover y ayudar a asegurar la plena protección de los derechos garantizados bajo las secciones 7, 11, 15 y 28 de la Carta de Derechos y Libertades para todos los canadienses, incluyendo aquellos que son o pueden ser víctimas de violencia.

²⁶⁸ *R. v. O'Connor* [1995] 4 SCR 411.

mayoritaria, la opinión disidente defendió un umbral substancialmente más elevado para demostrar la probable relevancia de la información. Según la minoría, el juez debía dar mayor importancia a la privacidad de los datos terapéuticos personales, así como no perder de vista las diferencias que podían producir la vulnerabilidad y el género en la aplicación de las reglas procesales. Desde este punto de vista, en los casos de agresión sexual no debería hablarse de un conflicto de derechos, puesto que raramente el derecho a un juicio justo exige el acceso al registro médico de la víctima y, sin embargo, la restricción de dicho acceso puede proteger efectivamente la privacidad y la igualdad.

En respuesta a la sentencia del Tribunal en *O'Connor*, el Gobierno federal introdujo el *Bill C-46*, donde se puso de manifiesto la gran diferencia entre el Parlamento y el Tribunal con respecto a la relevancia de las cuestiones de igualdad en los juicios por agresión sexual²⁶⁹. El proyecto del Gobierno preveía el mismo proceso en dos pasos que había establecido el tribunal para obtener el acceso a los registros, pero imponiendo unos criterios considerablemente más difíciles de satisfacer. En la primera etapa, la legislación estipulaba que ciertas razones que habían servido en el pasado para obtener el acceso a los registros de la denunciante no eran, por sí mismas, suficientes para demostrar la relevancia de tal información. En el mismo sentido, la ley establecía, para la segunda etapa, unos criterios adicionales que los jueces debían usar antes de autorizar el acceso a la información por parte del acusado. En definitiva, la legislación seguía la opinión de la minoría del Tribunal al considerar que, además del derecho a un juicio justo del acusado, los derechos a la igualdad y la privacidad eran factores que necesariamente debían tenerse en cuenta para permitir el acceso a registros privados como parte del derecho a la defensa.

El *Bill C-46* se evaluó por la Comisión parlamentaria de Justicia y Asuntos Jurídicos. Los numerosos grupos de interés que comparecieron ante la comisión se dividieron entre los que criticaban la ley por entender que establecía trabas innecesarias al derecho a un juicio

²⁶⁹ *Bill C-46*, SC 1997, c. 30, que empieza su preámbulo en los siguientes términos:

MIENTRAS el Parlamento de Canadá continúa gravemente preocupado por la incidencia de la violencia y el abuso sexual en la sociedad canadiense y, en particular, la prevalencia de la violencia sexual contra mujeres y niños;

MIENTRAS el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente perjudicial sobre la igual participación de mujeres y niños en la vida social y sobre los derechos de seguridad personal de las mujeres y los niños, la privacidad y la igualdad de beneficios de la ley como garantizan las secciones 7, 8, 15 y 28 de la Carta de Derechos y Libertades;

MIENTRAS el Parlamento de Canadá pretende promover y ayudar a asegurar la plena protección de los derechos garantizados por la Carta de Derechos y Libertades para todos, incluyendo aquellos que son acusados de, o que son o pueden ser víctimas de, violencia o abuso sexual;

MIENTRAS los derechos garantizados por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades se garantizan igualmente a todos y, en el caso de conflicto, deben acomodarse y reconciliarse en la mayor medida posible.

justo del acusado, el único verdadero portador de derechos en este tipo de casos, y los que defendían la legislación porque suponía una garantía de la igualdad, privacidad y seguridad de las mujeres, las víctimas más habituales de este tipo de delitos.

El proyecto de ley recibió el respaldo de todos los partidos representados en la Cámara de los Comunes. En su Preámbulo, dejaba claro el propósito del Parlamento de establecer un conjunto de reglas para el acceso a los registros privados que difería significativamente del que hasta entonces habían seguido los tribunales. En concreto, la legislación obligaba a los jueces a otorgar mayor importancia a los efectos adversos que la autorización de dicho acceso podía causar en los derechos básicos de igualdad, dignidad y privacidad.

Dos años después de entrar en vigor la ley, el Tribunal tuvo que decidir sobre su constitucionalidad en *R. v. Mills*²⁷⁰. En este caso, el tribunal inferior había decidido que la ley, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creaba una inadecuada presunción contra el acceso a los registros privados de las demandantes, colocando el derecho a la privacidad por encima del derecho a un juicio justo. Por ello, la legislación debía dejarse sin efecto. El Tribunal, sin embargo, respaldó la legislación. A pesar de reconocer que la nueva ley establecía un enfoque distinto al de su jurisprudencia, el Tribunal estimó que tal enfoque suponía un balance de derechos e intereses ajustado a los requisitos de la Carta. El Parlamento podía desarrollar un esquema diferente al establecido por el Tribunal siempre que se mantuviera dentro del marco constitucional. “Así como el Parlamento debe respetar las sentencias del Tribunal, éste debe respetar la determinación del Parlamento en mejorar el esquema judicial. Insistir en una conformidad servil contradice el respeto mutuo que sustenta la relación entre los tribunales y el legislativo”²⁷¹.

Esta respuesta del Tribunal Supremo implicaba reconocer la legitimidad del Parlamento en la interpretación y aplicación de los derechos protegidos. Es decir, que el juicio del legislativo democrático en esta materia no tenía necesariamente que reproducir la opinión de los tribunales. La relación entre los tribunales y el legislativo debía concebirse en términos de diálogo, una interacción dinámica en la que cada una de las ramas del gobierno debía responder a las apelaciones de las otras²⁷². En el contexto de los juicios por agresiones sexuales, esto significaba que el Parlamento podía desafiar a la judicatura sugiriendo una interpretación más compleja y sustantiva de los principios constitucionales aplicables a este

²⁷⁰ *R. v. Mills* [1999] 3 SCR 668.

²⁷¹ *Ibid.*, 710.

²⁷² *Ibid.*, 711.

tipo de juicios. De hecho, el Parlamento logró en este caso modificar la jurisprudencia del Tribunal al argumentar consistentemente que los derechos de defensa del acusado debían reconciliarse con los derechos a la igualdad y la privacidad de la mujer.

Mill es un ejemplo de lo que se ha venido a llamar casos de “segunda revisión” (“*second look*” cases), donde el Tribunal revisa la consistencia con la Carta de las respuestas legislativas a sus previas decisiones invalidantes. Según Hogg, en los casos que siguieron a *Mill*, el Tribunal ha sufrido una aguda división respecto al grado de deferencia que debía prestar a un segundo intento del Parlamento o de una legislatura provincial²⁷³.

- Derechos lingüísticos

En la práctica, la sección 33 del *Charter* canadiense se ha usado en diecisiete ocasiones desde 1982, la última vez en 2000, y siempre por legislativos provinciales o territoriales. Más aún, sólo en una ocasión fue usada como una respuesta directa a la invalidación judicial de una ley que limitaba la libertad de expresión con el objeto de proteger los derechos lingüísticos de la comunidad francófona de Quebec, mayoritaria en esta provincia (*Ford v. Quebec*); en el resto de los casos, se usó con objeto de proteger la legislación frente a la posible revisión judicial²⁷⁴.

En *Ford v. Quebec*²⁷⁵, el Tribunal Supremo de Canadá anuló parte de una ley del Parlamento de Quebec, la *Charte de la langue française*²⁷⁶, donde se prohibía el uso de otra lengua que no fuera el francés en los signos y rótulos públicos, así como en los carteles comerciales. Dicha ley, conocida coloquialmente como la *Loi 101*, fue promulgada por el Gobierno del Parti Québécois de René Lévesque en 1977, después de los debates constitucionales que condujeron a la promulgación de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*). El Gobierno federal de Pierre Trudeau rechazaba la idea de una nación dividida en comunidades lingüísticas diferenciadas e insistía en un Canadá bilingüe en el que todos los canadienses se sintieran pertenecientes a una misma comunidad política. Las minorías

²⁷³ Hogg (2007); según el informe que incluye en su artículo, hasta 2006 hubo un total de nueve casos de segunda revisión; cuatro de los cuales afirmaron que la nueva legislación violaba la Carta en todo o en parte. A estos casos habría que añadir la decisión de *JTI-Macdonald Corp.*, supra nota 129, en donde el Tribunal respalda plenamente la enmienda a la ley sobre publicidad del tabaco.

²⁷⁴ Gardbaum (2013), 109.

²⁷⁵ *Ford v. Quebec (Attorney General)* [1988] 2 CR 712.

²⁷⁶ Las disposiciones impugnadas fueron concretamente los artículos 58 (“los carteles y señales públicos deberán estar sólo” en francés) y 69 (“en Quebec sólo podrá usarse la versión francesa de los nombres comerciales”), así como los 205 y 208 (donde se regulaban las sanciones que acarrearía la infracción de esta ley).

francófonas fuera del Quebec vieron el bilingüismo como su salvación. Sin embargo, los nacionalistas del Quebec contemplaron el bilingüismo como una forma de lograr finalmente la asimilación de la minoría francófona de Canadá. Para ellos, la lengua y la cultura francesa sólo podía sobrevivir bajo una política de inmersión lingüística dentro del Quebec, y, eventualmente, con su separación como Estado independiente. Los nacionalistas quebequeses no aceptaban la legitimidad de una carta federal de derechos, pues lo percibían como una medida centralizadora que negaba la cultura lingüística y política peculiar del Quebec. Como consecuencia, la Asamblea Nacional de Quebec aprobó en 1982 una declaración general por la que todas las leyes de la región se proclamaban operativas no obstante los derechos relevantes de la Carta canadiense²⁷⁷. Esta declaración se aplicó retrospectivamente a toda la legislación de Quebec anterior al 17 de abril de 1982, el día en que entró en vigor la Carta canadiense, pero con la condición contenida en la sección 33(1) de expirar a los cinco años. Asimismo, en 1983 el Parlamento quebequés enmendó la *Loi 101*, protegiendo la disposición sobre los rótulos comerciales frente a cualquier posible impugnación de inconstitucionalidad, e invocando para ello igualmente la sección 33²⁷⁸.

La *Loi 101* fue impugnada judicialmente por varias empresas en 1984, y los tribunales quebequeses (tanto el Superior como el de Apelación) afirmaron que suponía una restricción injustificada de la libertad de expresión protegida por la sección 2(b) de la Carta de Derechos de Canadá y por el artículo 3 Carta de Derechos de Quebec²⁷⁹, por lo que decidieron dejar sin efecto todas sus disposiciones impugnadas (en especial, el art. 58, sobre carteles y señales públicos, y art. 69, sobre carteles comerciales). Según los tribunales inferiores, la preservación de la lengua francesa era un objetivo lo suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho de la Carta y exigir una “marcada predominancia” de dicho idioma en los rótulos públicos, pero no podía servir para justificar la prohibición total del uso de otras lenguas distintas. Por lo tanto, según los tribunales, no cabía justificar la prohibición total como un ‘límite razonable’ de la libertad de expresión de acuerdo con la sección 1 de la Carta canadiense, o la sección 9(1) de la Carta de Derechos de Quebec. En cuanto a la protección de esta medida frente a su posible impugnación constitucional, los tribunales inferiores coincidieron en afirmar que la forma en

²⁷⁷ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, LRQ, 1982, chap. L-4.2, cuyo artículo 1 promulgaba el artículo 214 de la *Charte de la langue française*, en donde se establecía: “Esta Ley tendrá efecto no obstante las disposiciones de las secciones 2 y 7 a 15 de la Ley Constitucional de 1982”.

²⁷⁸ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1983, chap. 56, cuyo artículo 52 establecía la protección frente a la impugnación constitucional en los mismos términos que la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*. Dicha medida no entró en vigor hasta febrero de 1984.

²⁷⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ chap. C-12.

que se había realizado dicha protección, tanto en la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* como en la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, no se ajustaba a lo establecido en la sección 33 de la Carta de Derechos canadiense, por lo que debía ser considerada una medida *ultra vires* y sin fuerza o efecto (“*of no force or effect*”).

El Fiscal General de Quebec apeló al Tribunal Supremo, el cual respaldó las decisiones de los tribunales inferiores, invalidando parcialmente la *Loi 101*. En opinión del Tribunal, el Gobierno de Quebec no logró demostrar que la prohibición del uso de otra lengua distinta al francés de los artículos 58 y 69 de la *Charte de la langue française* era necesaria para la defensa y promoción del estatus de la lengua francesa en Quebec, o proporcionada a dicho propósito legislativo. “Mientras que exigir la predominancia de la lengua francesa, incluso su marcada predominancia, sería proporcional al fin de promover y mantener un ‘*visage linguistique*’ francés en Quebec [...] exigir el uso exclusivo del francés no ha quedado igualmente justificado”²⁸⁰.

Sin embargo, el Tribunal consideró que las medidas legislativas de protección frente a la impugnación de inconstitucionalidad eran efectivamente consistentes con la sección 33 de la Constitución canadiense. Según el Tribunal, esta disposición constitucional contiene “únicamente requisitos formales, y no hay base para importar dentro de ella fundamentos para una revisión sustantiva de la política legislativa en el ejercicio de la autoridad revocatoria en un caso particular”²⁸¹. Contradecía así el Tribunal a los tribunales inferiores, los cuales habían sostenido que la sección 33 de la Constitución, así como la operatividad del proceso democrático, requerían que el legislador especificara de manera expresa las disposiciones concretas de la Constitución que se pretendían infringir, para lo cual era necesario hacer referencia a las palabras del texto constitucional y no meramente a los números de las secciones donde aparecían tales disposiciones²⁸². Para el Tribunal, este requisito podía considerarse un fundamento sustantivo de revisión, por cuanto que parecía exigir “una justificación *prima facie* de la decisión de ejercer la autoridad revocatoria en lugar de una mera expresión formal de dicha decisión”²⁸³.

No obstante, en virtud precisamente de la aplicación de la sección 33, la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* había dejado de ser efectiva en el momento del

²⁸⁰ *Ford v. Quebec (Attorney General)*, véase supra n. 275, 780.

²⁸¹ *Ibid.*, 740.

²⁸² El Tribunal de Apelación basó su decisión en su propia jurisprudencia a partir de *Alliance des professeurs de Montréal v Procureur général du Québec* [1985] CA 376, en donde el tribunal declaró *ultra vires* y nulo el artículo 1 y otras disposiciones de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, por no ajustarse a lo dispuesto en la sección 33 de la Constitución.

²⁸³ *Ford v. Quebec (Attorney General)*, véase supra n. 275, 741.

juicio, puesto que ya habían transcurrido cinco años desde su aprobación y carecía de un refrendo ulterior; por tanto, sólo quedaba vigente la disposición de protección introducida mediante la enmienda de la Carta de la lengua francesa (art. 52). Con tales premisas, el Tribunal concluyó que el artículo 58 de la ley impugnada (referente a los signos y carteles públicos) estaba protegido contra la impugnación de inconstitucionalidad; no obstante, declaró que debía quedar sin efecto por infringir la garantía de la libertad expresión establecida en el artículo 3 de la Carta de Derechos de Quebec y la garantía contra la discriminación por razón de la lengua del artículo 10 de dicha Carta. En cuanto al artículo 69 de la ley impugnada (sobre carteles comerciales), el Tribunal entendió que no estaba cubierto contra su impugnación constitucional, puesto que no había sido afectado por la mencionada enmienda de la Carta de la lengua francesa, pudiendo por tanto anularse por infringir tanto la sección 2 de la Constitución como la sección 3 de la Carta quebequesa.

Tras la sentencia del Supremo, hubo una fuerte reacción social en Quebec, con manifestaciones multitudinarias exigiendo la no modificación de la Carta de la lengua francesa. Como consecuencia, el legislador quebequés promulgó una nueva enmienda de la ley por la que mantenía la prohibición, y en la que se incluía una cláusula *notwithstanding* para evitar la interferencia judicial²⁸⁴. Tras los cinco años prescritos por la sección 33, Quebec promulgó una nueva ley en la que ya no se incluía dicha cláusula, permitiendo el uso de otras lenguas distintas al francés en los rótulos públicos y comerciales, siempre que se usara también dicha lengua de forma “predominante”²⁸⁵.

b) A las declaraciones de incompatibilidad

Desde que en el 2000 entró en vigor la Ley de Derechos Humanos en el Reino Unido, en prácticamente todos los casos donde los tribunales han producido una declaración de incompatibilidad, el ejecutivo o el legislativo han respondido buscando una solución que reparase la incompatibilidad²⁸⁶. En lugar de valerse de su autoridad para ignorar una

²⁸⁴ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1988, chap. 54.

²⁸⁵ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1993, chap. 40.

²⁸⁶ Kavanagh (2009), 282. La única excepción hasta la fecha es la sentencia del *Registration Appeal Court* (Escocia) en el caso *Smith v. Scott* (2007) SC 345, que aún no ha sido respondida por el Gobierno con una reparación que subsane la incompatibilidad. En dicha sentencia el tribunal declaró, basándose en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hirst v. UK (No. 2)* [2005] ECHR 681, que la sección 3 de la *Representation of the People Act* de 1983, por la que se prohíbe a todos los reclusos de los centros penitenciarios del país el ejercicio del derecho al voto en las elecciones a los Parlamentos británico y escocés, era incompatible con el art. 3 (derecho a elecciones libres) del Primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

declaración de este tipo, el Parlamento y el Gobierno han preferido adoptar las medidas reparadoras que, según la opinión de los tribunales, requería la protección de los derechos del Convenio. Incluso en un área tan sensible como la seguridad nacional, las instituciones políticas respondieron positivamente a la declaración de incompatibilidad de la Cámara de los Lores en el caso *Belmarsh Prison*²⁸⁷.

Esta sentencia es conocida como la decisión *Belmarsh* porque los recurrentes fueron detenidos indefinidamente en la prisión londinense que lleva ese nombre. Se reclamaba la derogación de la sección 23 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* 2001 que permitía al Gobierno detener indefinidamente a los no ciudadanos que se consideraban un riesgo para la seguridad nacional pero que no podían ser deportados porque existía el riesgo de que fueran torturados en su país de origen. Dado que la ley no preveía la detención de los ciudadanos nacionales que supusieran un riesgo para la seguridad, a pesar de que en virtud de su ciudadanía tampoco podían ser deportados, la ley parecía una afrenta al principio de legalidad que exige la igualdad ante la ley, así como a los principios de cualquier régimen que se proponga tratar a todos los que están bajo su poder como plenos portadores de derechos humanos. En concreto, la petición de derogación se basaba en su incompatibilidad con los artículos 5 y 14 del Convenio porque permitía la discriminación por razón de nacionalidad. El Tribunal de Apelación no encontró discriminación, pero la Cámara de los Lores anuló tal decisión sobre la base de que la disposición legal era discriminatoria. La mayoría no cuestionó al Gobierno por haber determinado la existencia de un estado de emergencia, sino sólo por su forma de responder ante ella. La sentencia declaró la incompatibilidad entre la disposición legal y los derechos humanos. En respuesta a la decisión judicial, el Gobierno promulgó una nueva ley de seguridad nacional, *Prevention of Terrorism Act* 2005, aceptando que la ley anterior necesitaba modificarse para eliminar la dimensión discriminatoria que habían identificado los jueces. Sin embargo, el nuevo proyecto de ley introducía invasiones importantes en la libertad personal (las llamadas ‘órdenes de control’) tanto para los nacionales como para los extranjeros. Estas medidas atrajeron una fuerte oposición parlamentaria y una clara protesta de la Comisión. Con todo, la respuesta legislativa a *Belmarsh* evidenció “la discusión parlamentaria más sofisticada, legal y constitucionalmente, más basada en principios y ciertamente más agotadora” que se haya producido en el Parlamento británico en materia de derechos bajo la Ley de Derechos Humanos²⁸⁸.

²⁸⁷ *A v. Secretary of State for the Home Department*, supra nota 53.

²⁸⁸ King (2015), 165.

Otro ejemplo que cabe resaltar es la respuesta parlamentaria a *Bellinger v. Bellinger*²⁸⁹. En este caso, la declaración de incompatibilidad fue seguida por la enmienda de la sección 11(c) de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 por medio de la *Gender Recognition Act* de 2004, la cual afronta las cuestiones jurídicas que produce la discriminación de los transexuales en todas las áreas del Derecho, incluyendo las provocadas por el reconocimiento legal de los matrimonios²⁹⁰.

El respeto a las decisiones judiciales por parte de los poderes políticos en materia de derechos fundamentales será objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo. Por ahora, nos interesa explicar brevemente la naturaleza de la declaración de incompatibilidad en el modelo colaborativo de constitucionalismo. Aunque no implica una obligación jurídica por la que el Parlamento deba modificar la legislación, el hecho es que no acatar un pronunciamiento judicial de este tipo supone un coste político demasiado elevado para cualquier gobierno democrático. En la era de los derechos humanos, los gobiernos, incluso con el respaldo de una fuerte mayoría, no desean mantener disposiciones jurídicas declaradas judicialmente incompatibles con tales derechos. La fuerza de estas presiones políticas es lo que hace que la declaración de incompatibilidad acabe teniendo la misma efectividad que la revisión judicial con capacidad para anular leyes²⁹¹.

A esta presión política hay que añadir el papel que juega en el Reino Unido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si ante una declaración de incompatibilidad el Gobierno decidiera no responder con una enmienda de la legislación, aún cabría impugnar dicha ley ante el tribunal de Estrasburgo alegando que se ha violado un derecho del Convenio, tal como ha sido corroborado por el tribunal supremo del país, y que el Gobierno se ha negado a remediar dicha violación. En esta situación, es altamente probable que el Tribunal europeo confirme la inconsistencia de la legislación con los derechos del Convenio, y que el Gobierno se encuentre bajo una obligación jurídica internacional de cambiar su ley a la luz de dicha sentencia²⁹². Como resultado, a la presión política que acarrea la declaración de incompatibilidad por el tribunal nacional, habría que añadir la repercusión de una sentencia de Estrasburgo en la que se declara que el Reino Unido viola sus obligaciones internacionales.

²⁸⁹ *Bellinger v. Bellinger*, supra nota 192.

²⁹⁰ Para la preparación de esta ley, el Parlamento contó con las conclusiones del *Interdepartmental Working Group on Transsexual People*, así como con el informe correspondiente de la Comisión Mixta para los Derechos Humanos. El proyecto fue sometido a un extenso debate en ambas cámaras legislativas, donde se discutió la definición de 'género' y sus implicaciones para el matrimonio, véase Young (2011), 785.

²⁹¹ Kavanagh (2009), 283; Elliot (2002), 348; Ewing (1999), 92.

²⁹² Kavanagh (2009), 284.

Además, una declaración de incompatibilidad tiene trascendencia jurídica porque anticipa las respuestas que puede dar el Gobierno en su empeño por mantener el imperio de la Ley²⁹³. Si el Gobierno entiende que el tribunal se ha equivocado, y que la disposición legislativa es de hecho compatible con los derechos del Convenio, su respuesta lógica será apelar contra la sentencia en una instancia superior, o no enmendar la ley y esperar a que el caso se lleve ante el Tribunal de Estrasburgo y sea éste el que decida. Por el contrario, si el Gobierno acepta la declaración de incompatibilidad, entonces procederá a la enmienda de la legislación, o bien para anular la disposición declarada incompatible, o bien para encontrar una forma de alcanzar el objetivo de la disposición de un modo que resulte compatible con una interpretación bajo la sección 3.

E. Recapitulación: un entramado institucional que promueve el diálogo y la rendición de cuentas entre los poderes del Estado

En esta primera parte he tratado de exponer el modelo de justicia constitucional que actualmente opera en algunos países de la *Commonwealth* como un ejemplo de revisión de constitucionalidad basado en la colaboración institucional y el razonamiento deliberativo. En su estructura básica ideal, este modelo incluye cuatro componentes institucionales esenciales. En primer lugar, una carta de derechos, con estatus jurídico jerárquicamente superior o como mera ley ordinaria, que sirve de base para la revisión política y judicial de las leyes y actos administrativos. En dicha carta se incluye una cláusula general de limitación de los derechos o, como ocurre en el caso británico, se especifican algunas limitaciones para cada derecho en términos muy abstractos, lo cual permite al legislador restringir el ejercicio de los derechos justificándolo adecuadamente.

El segundo componente es la preceptiva revisión política de constitucionalidad de las leyes con anterioridad a su aprobación, normalmente a través de una declaración gubernamental que se discute en sede parlamentaria. Este componente es esencial en el modelo, y es el que tiene un mayor margen de desarrollo en el futuro. Su relevancia depende de la existencia de unas comisiones parlamentarias relativamente independientes (es decir, que puedan trabajar al margen del enfrentamiento entre los partidos políticos) e institucionalmente fuertes (es decir, que estén dotadas de los recursos necesarios para realizar su trabajo de revisión eficazmente). En el modelo colaborativo, los informes de

²⁹³ Dyzenhaus (2007), 144.

compatibilidad de dichas comisiones deberían servir de referencia no sólo en el debate parlamentario sobre los proyectos de ley, sino también en los procesos judiciales donde se impugna la compatibilidad de las leyes con los derechos protegidos. A este respecto, la versión británica destaca respecto a las demás por cuanto que otorga un mayor protagonismo al Parlamento en el escrutinio de los proyectos de ley del Gobierno. Es especialmente reseñable el trabajo de la Comisión Mixta para los Derechos Humanos, una comisión especializada a la que los ministros están políticamente obligados a responder.

El tercer componente consiste en algún tipo de revisión judicial de constitucionalidad, que puede ir desde el deber de interpretar las leyes de manera consistente con los derechos protegidos hasta el poder de inaplicar las leyes consideradas por los jueces inconstitucionales o incompatibles con los derechos protegidos. La primera forma de revisión incluye la capacidad de corregir las disposiciones legales con objeto de salvar, hasta donde sea posible, su compatibilidad con los derechos. Como vimos, el Tribunal Supremo británico ha establecido que esta capacidad interpretativa no puede suponer una reforma radical o enmienda de la legislación impugnada: por una parte, los tribunales no pueden alterar o modificar los ‘rasgos fundamentales’ de las disposiciones legales (el nuevo significado debe ser compatible con su ‘propósito subyacente’) y, por otra, no pueden tomar decisiones para las que no están preparados (o bien porque tales decisiones requieren deliberación legislativa o bien porque suponen unas ramificaciones prácticas de largo alcance). Cuando la legislación impugnada no sea susceptible de una interpretación compatible con los derechos protegidos, los tribunales deben resolver el caso aplicando dicha legislación, pero pudiendo declarar formalmente dicha incompatibilidad. Resulta, pues, incontrovertible la capacidad de los tribunales británicos para juzgar las disposiciones legislativas (y la acción gubernamental) conforme a los estándares de los derechos humanos.

No obstante, la mayor dificultad de la versión británica para hacer efectivo el modelo colaborativo es que opera bajo la revisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una revisión que cabe considerar una forma fuerte de revisión judicial supranacional. En virtud de su condición de miembro del Convenio, el Reino Unido está obligado jurídicamente a obedecer las sentencias de este tribunal como la última palabra sobre el asunto en cuestión. Como consecuencia, la Ley de Derechos Humanos británica parece operar en la práctica como un sistema que garantiza la reparación de violaciones de derechos humanos internacionales, en lugar de ser una carta de derechos nacional.

Por otra parte, hemos visto que el análisis judicial de compatibilidad se realiza habitualmente mediante la metodología de la proporcionalidad. Esta metodología se

estableció dentro de los países de la *Commonwealth* a partir de la famosa sentencia del Tribunal Supremo canadiense en el caso *Oakes*. Sin embargo, este riguroso estándar de revisión sufrió inmediatamente después una progresiva evolución hacia una actitud más deferente a las decisiones de los poderes electos. Dicha evolución dio lugar, como vimos, a una doctrina de la deferencia debida, según la cual los jueces deben ajustar la revisión a los factores de deferencia presentes en el contexto único de cada caso. Además, esta actitud más deferente ha dado lugar a un tipo de revisión procesal en el que el principal objetivo del control judicial es saber si el decisor principal tuvo en cuenta adecuadamente los diferentes intereses y consideraciones en juego. Veremos, sin embargo, en la tercera parte de este trabajo, que tanto la doctrina de la deferencia debida como el enfoque procesal de la revisión han provocado un fuerte rechazo en el Tribunal Supremo británico. No obstante, en aras de la misma preocupación por la deferencia hacia el legislador democrático, tanto en Canadá como en Reino Unido los tribunales tienden a aplicar el análisis de proporcionalidad basándose especialmente en su componente de ‘necesidad’ o ‘intrusión mínima’, entendiendo el test de proporcionalidad *sensu stricto* como una segunda parte del test de necesidad.

En cuarto lugar, el modelo otorga al legislativo la autoridad para decir la última palabra sobre la interpretación y articulación de los derechos protegidos. Si los jueces tienen autoridad, como en Canadá, para inaplicar disposiciones legales consideradas inconstitucionales, el legislativo puede responder mediante una ley ordinaria en la que se declara su intención de mantener la ley inaplicada a pesar de (*notwithstanding*) la decisión judicial, sin necesidad de enmendar la Constitución. No obstante, en Canadá la interacción entre legisladores y jueces se ha producido principalmente bajo la sección 1 de la Carta. Como hemos visto, en la mayoría de los casos el legislador respondió a las decisiones judiciales mediante lo que se conoce como ‘secuelas legislativas’, es decir, nuevos proyectos legislativos donde se trata de lograr los objetivos políticos originales de un modo consistente con la interpretación judicial de los derechos protegidos. Al mismo tiempo, el legislativo federal canadiense ha preferido no canalizar su desacuerdo con los tribunales en materia de interpretación de derechos a través de la sección 33 (casos *Daviault* y *O’Connor*), lo cual ha contribuido a difuminar la distinción entre las secuelas que expresan el desacuerdo del legislativo con una decisión judicial y las que pretenden implementar una decisión judicial. A mi juicio, la sección 33 está pensada para que el legislador apruebe una secuela que incorpore un desacuerdo con los tribunales (bien sobre la interpretación de los derechos, bien sobre la razonabilidad de sus limitaciones), eliminando así la posibilidad de una

segunda revisión, al menos durante los cinco años en que está vigente la cláusula *notwithstanding*. Quizá una reformulación de su texto ayudaría a lograr su objetivo, dando a entender que la revocación de la decisión de los jueces no significa necesariamente la revocación de los derechos mismos.

Cuando la reparación judicial de una disposición incompatible se limita a la declaración formal de la incompatibilidad, el legislativo tiene autoridad para mantener en vigor las disposiciones incompatibles. A este respecto, nuestro estudio se ha centrado en la versión británica, donde el Parlamento se ha mostrado hasta ahora muy renuente a separarse de las decisiones judiciales sobre derechos con las que discrepan razonablemente. Esto no tiene por qué suponer necesariamente una desviación del equilibrio entre poderes que busca el modelo; al contrario, más adelante defenderé que una cultura constitucional desarrollada se caracteriza principalmente por la seriedad con que los legisladores y la ciudadanía se toman las decisiones judiciales. No obstante, quizá resultaría más estimulante para los legisladores una formulación semejante a la de la Carta australiana del Territorio de Victoria, donde este tipo de declaraciones se denomina “declaración de interpretación inconsistente”, poniendo de relieve la razonabilidad de los desacuerdos sobre el ámbito, la aplicación y las limitaciones de los derechos.

En definitiva, mi principal propósito en esta primera parte ha sido mostrar que la estructura institucional del modelo tiende a promover la interdependencia de todos los poderes del Estado en la interpretación constitucional, al tiempo que exige encontrar formas de interacción en la que se respeten la competencia y la legitimidad de cada uno de ellos. En la exposición he tratado de mostrar que el modelo se basa en la idea de que es posible promover el potencial de los parlamentos en la articulación de los derechos humanos aprovechando el potencial de los tribunales en su función de control de las decisiones mayoritarias. Asimismo, también hemos visto que los fallos del modelo pueden deberse o bien a una excesiva proactividad judicial — con la invasión efectiva de los tribunales en las competencias del parlamento, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *RJR-MacDonald* —, o bien a una excesiva pasividad parlamentaria — y el abandono consiguiente de su responsabilidad, dejando sin respuesta la invalidación judicial de una ley, como en el caso *Morgentaler*.

PARTE II

TEORÍAS

3.

Las posiciones del constitucionalismo jurídico

El propósito de esta segunda parte es encontrar una justificación teórica adecuada para el modelo colaborativo. Conviene recordar que la principal razón por la que se busca una alternativa al modelo predominante de supremacía judicial es la realidad e inevitabilidad del desacuerdo razonable sobre los derechos constitucionales y sus límites. El modelo colaborativo reivindica la revisión judicial, pero rechaza la supremacía de los jueces en la interpretación constitucional, proponiendo en su lugar la colaboración de los tres poderes del Estado en la determinación y protección de los derechos fundamentales. Aunque los jueces tienen poderes de revisión constitucional, no tienen automática o necesariamente la autoridad final para determinar el Derecho. Sin embargo, dentro del terreno intermedio que desea ocupar el modelo, será crucial definir adecuadamente qué supone esta ‘debilidad’ de los tribunales porque, tratando de encontrar el equilibrio, podríamos acabar inclinando la balanza hacia el otro extremo (esto es, reivindicando la supremacía del legislativo y el gobierno), arruinando así cualquier esquema colaborativo digno de tal nombre.

En este capítulo, analizaré de manera crítica las principales teorías del constitucionalismo jurídico que defienden la supremacía judicial. Según estas teorías, ciertos asuntos son tan fundamentales que requieren su absoluta retirada de la política ordinaria y de la competencia legislativa. Los derechos se conciben en términos absolutos y se protegen como estándares superiores al resto del ordenamiento jurídico. Para estas teorías, la supremacía de los derechos fundamentales implica la supremacía de los jueces en su interpretación frente a la voluntad parlamentaria. Los tribunales son el árbitro final para decidir si un derecho protegido ha sido o está siendo violado, puesto que ellos son los guardianes del área de inviolabilidad en el que las autoridades públicas no pueden entrar, y no hay por tanto espacio para la deferencia judicial hacia los agentes decisorios democráticos, incluyendo el parlamento. Puesto que el modelo colaborativo también otorga a los jueces autoridad para realizar una interpretación correctiva de la legislación y, en su

versión más fuerte, para inaplicar o invalidar las disposiciones legales o actos ejecutivos contrarios a los derechos protegidos, es de sumo interés para este trabajo dejar claro cuáles son las principales críticas que cabe establecer al constitucionalismo de supremacía judicial.

A. Algunas teorías de la supremacía judicial

a) Desde una legalidad sustantiva

La obra de Ronald Dworkin puede considerarse como la más representativa (o, al menos, la más conocida) de un constitucionalismo basado en la supremacía interpretativa de los jueces en materia de derechos. Dworkin asume, en gran medida, el antipositivismo judicial de las concepciones del imperio de la Ley de Friedrich Hayek y Lon Fuller, pero sustituyendo la Constitución no escrita británica por la Constitución de los Estados Unidos de América, donde los derechos básicos de los individuos quedan garantizados por la Corte Suprema frente a la acción del gobierno y la producción legislativa¹. Con ello, Dworkin subraya la dimensión constitucional del principio de legalidad como bastión defensivo de los individuos frente a los poderes del Estado. La igualdad formal del orden espontáneo que suponía la doctrina tradicional, se sustituye por la igualdad sustantiva del Estado del bienestar, donde las libertades formales vienen acompañadas de los recursos necesarios para hacer un uso efectivo de tales libertades. A pesar de ello, Dworkin comparte con esta tradición la supremacía judicial frente al positivismo democrático.

A diferencia de sus predecesores libertarios, Dworkin es un liberal igualitario que vindica los principios distributivos de la “igual libertad” frente al supuesto orden espontáneo del libre mercado². La “igual libertad” es, según Dworkin, el esquema común de justicia que preside la Constitución norteamericana, y el que determina los derechos sustantivos de los individuos a través de los tribunales de justicia. Los jueces y, virtualmente, todos los

¹ Para Hayek y Fuller, el ideal del imperio de la Ley exige que el trabajo de los legisladores se realice a partir de las reglas del verdadero Derecho, es decir, dentro de las reglas generales de la conducta justa que los jueces han destilado de la vida social a lo largo del tiempo. Ambos autores identifican estas reglas generales con el *common law* británico (el Derecho civil y penal producto de las resoluciones judiciales), el cual refleja y refuerza el orden espontáneo de la vida social y económica. Como reflejo de un orden independiente de justicia, el *common law* no es el producto de la voluntad de alguien en particular. No privilegia intereses particulares ni está al servicio de políticas o fines de la autoridad política. De ahí que suponga una barrera de defensa de la libertad individual frente al ejercicio del poder. Véase Melero (2012), 34-39.

² No podemos entrar aquí en la descripción de la teoría de la justicia de Dworkin. Baste con recordar que, para nuestro autor, una distribución justa de los recursos no sólo tiene que ser “sensible a las ambiciones” (en el sentido amplio de fines y proyectos de vida), sino también “insensible a las dotaciones” naturales y sociales (esto es, a las circunstancias en las que los individuos forman y persiguen sus ambiciones). Véase Dworkin (2000), caps. 1 y 2.

ciudadanos, pueden juzgar a partir de dicho esquema el contenido de las leyes, y calificar como “malas” o “injustas” aquellas normas que no respeten tales derechos. En definitiva, el imperio de la Ley se identifica con el imperio del Derecho justo (el “Estado liberal y democrático de derecho”), y más concretamente, con el imperio de aquellos principios constitucionales que incorporan los derechos básicos de un régimen democrático liberal. Y puesto que los jueces son los encargados de definir exactamente cuál es el contenido de tales principios, su autoridad se sitúa por encima de la legislación democrática.

Dworkin denomina “concepción-libro de reglas” a las versiones formales del imperio de la ley³. Dicha concepción no dice nada sobre el contenido de las normas que existen en un sistema jurídico; únicamente insiste en que el gobierno debe ejercer siempre su poder contra los individuos de acuerdo con reglas que han sido establecidas por adelantado y son accesibles para todos. Los defensores de esta concepción, dice Dworkin, no ignoran la importancia del contenido de las normas, pero creen que esto es un asunto de justicia sustantiva, que es un ideal independiente, y en ningún caso una parte integrante del ideal del imperio de la Ley.

Frente al modelo formal, Dworkin defiende una concepción sustantiva de la legalidad, que denomina “concepción-derechos”⁴. Esta concepción introduce la justicia sustantiva en la noción misma del imperio de la Ley; exige, como parte del ideal, que el derecho positivo recoja y haga cumplir los derechos morales de los individuos. Para Dworkin, los derechos morales existen con independencia de su reconocimiento explícito en las provisiones constitucionales o en las leyes, y juegan un papel esencial en la toma de las decisiones judiciales como trasfondo subyacente del libro de reglas. En efecto, Dworkin supone que en aquellos casos difíciles donde el derecho positivo no da una respuesta sobre el derecho de las partes, o donde da pie a distintas interpretaciones en conflicto, es responsabilidad del juez tomar la decisión que “cuadre mejor con el trasfondo de derechos morales de las partes”⁵. Para ello, el juez debe identificar y aplicar un principio político que capture, en un nivel de abstracción adecuado, los derechos morales de las partes, y que sea consistente con el libro de reglas. Esta idea la desarrolla Dworkin en su teoría del “derecho como integridad”. Según esta concepción, el Estado debe “hablar con una sola voz, actuar

³ Dworkin (1985), 11.

⁴ Según Dworkin, esta concepción “supone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales unos con respecto a otros, así como derechos políticos con respecto al Estado en su conjunto. Dicha concepción insiste en que estos derechos morales y políticos han de ser reconocidos en el derecho positivo, de modo que se hagan respetar, hasta donde sea posible, a *petición de los ciudadanos individuales* por medio de tribunales u otras instituciones judiciales al uso. Según esta concepción, el imperio de la ley equivale al imperio de una concepción pública apropiada de los derechos individuales”, *ibid.*, 11-12.

⁵ *Ibid.*, 16.

con respecto a todos los ciudadanos de un modo coherente y basado en principios, con objeto de extender a todos los estándares sustantivos de justicia o equidad que usa para algunos”⁶. A partir de dicho presupuesto, los jueces han de concebir y aplicar el Derecho como un conjunto coherente de principios de equidad, justicia y proceso debido, cuya realización representa un compromiso subyacente con la igualdad sustantiva.

Dworkin reconoce la importancia de los elementos formales del imperio de la ley, no sólo porque en los casos difíciles la decisión judicial ha de ajustarse a los principios subyacentes del libro de reglas, sino también porque la legalidad formal ofrece una respuesta idéntica a la del modelo de los derechos cuando se trata de decidir los derechos de los partes en los casos fáciles. “En una democracia”, dice Dworkin, “las personas tienen al menos *prima facie* un fuerte derecho moral a que los tribunales hagan respetar los derechos promulgados por una legislatura representativa”⁷. Para Dworkin, el libro de reglas “representa el empeño de la comunidad en recoger los derechos morales”, y el imperio de la ley “exige que no tenga ningún papel en la adjudicación cualquier principio que haya sido rechazado en ese empeño”⁸.

Sin embargo, para Dworkin la concepción sustantiva del imperio de la Ley constituye un ideal político general y, en este sentido, se opone al modelo formal. Aunque la legalidad formal sea una condición necesaria para una sociedad justa, el resultado de su cumplimiento será injusto en la medida en que el contenido de las reglas sea injusto. Desde la perspectiva de una concepción sustantiva, el imperio de la Ley debe concebirse como el imperio del Derecho justo. Por este motivo, Dworkin rechaza la dicotomía entre los aspectos formales y sustantivos de las normas, así como la distinción entre los planos del “ser” y del “deber ser” del Derecho. Como señala Paul Craig, la teoría de Dworkin no tiene un concepto separado del imperio de la Ley como tal, sino que dicho ideal incluye su teoría del Derecho y de la adjudicación⁹. Para Dworkin, la pregunta sobre la mejor teoría de la justicia es una parte indefectible del proceso de decisión judicial sobre los derechos de las partes; no hay, pues, separación entre las normas legales y los principios políticos más comprensivos. De ahí que *Law’s Empire* sea el título del libro donde Dworkin expone más globalmente su teoría jurídica. Pero, con ello, el ideal pierde cualquier función independiente. Se convierte en una “filosofía social completa”, sin ninguna función propia en la valoración de las

⁶ Dworkin (1986), 165.

⁷ Dworkin (1985), 16.

⁸ Ibid., 17.

⁹ Craig (1997), 477-478.

normas jurídicas al margen de dicha teoría política¹⁰. Cualquier juicio que emitamos sobre las leyes desde el punto de vista de la legalidad será un mero reflejo de la teoría política que presuponemos como correcta.

Y no sólo eso. La conexión necesaria entre el Derecho y una determinada moralidad política es precisamente la que permite a Herbert Hart criticar el carácter particularista de la teoría jurídica de Dworkin. Según Hart, cualquier filosofía del Derecho debe ofrecer una teoría general sobre los criterios que ha de cumplir el Derecho para serlo cabalmente, y no es posible producir dicha teoría analizando el modo en que los jueces deciden lo que es el Derecho en una determinada jurisdicción¹¹. No obstante, Dworkin y Hart comparten la idea de que el Derecho legítimo (moralmente obligatorio) debe incorporar los estándares de la moralidad liberal¹². Para ambos, la moralidad liberal flota por encima del Derecho positivo, como un conjunto universal y eterno de estándares que nos ofrece los criterios para evaluar los Derechos positivos particulares y cambiantes. La conciencia moral individual es, para los dos autores, la única que puede guiarnos en la apreciación de esa verdad moral donde reposa la legitimidad del Derecho. La polémica aparece a la hora de concebir el vínculo que une a esa moralidad con el Derecho. Según Hart, la tesis positivista de la separación del Derecho y la moral sustantiva permite distinguir críticamente el Derecho legítimo del que no lo es, en lugar de asumir dogmáticamente, como hacen los iusnaturalistas, la legitimidad de todo Derecho por el mero hecho de serlo¹³. Dworkin, en cambio, afirma que los estándares liberales están ya de forma inmanente en el Derecho, esperando a que los jueces los traigan a la superficie en las justificaciones de sus decisiones. La crítica de Hart al particularismo de Dworkin consiste en poner de relieve que la inmanencia de los estándares liberales depende de hechos contingentes de la historia de los sistemas jurídicos concretos¹⁴. Dworkin debería reconocer, según esto, que su teoría no se diferencia del “positivismo suave” o “incluyente” que defiende Hart.

Esta crítica es de especial importancia para nosotros, puesto que señala la principal dificultad de una teoría no positivista que concibe los principios del Derecho de un modo sustantivo. En efecto, si asumimos el vínculo que establece Dworkin entre el Derecho y la moral nos enfrentamos a un dilema irresoluble: o bien nos conformamos con ofrecer una

¹⁰ Raz (1979), 211.

¹¹ Hart (1994), 239-244.

¹² El Derecho legítimo es, para Hart, aquél que incorpora una moralidad sustantiva bien fundada, que califica de “ilustrada”, y que es la que se basa en “el derecho de todos los hombres a igual consideración”, es decir, en la idea de que “todos los seres humanos [...] tienen derecho a ciertas protecciones y libertades”, *ibíd.*, 206.

¹³ *Ibíd.*, 210.

¹⁴ *Ibíd.*, 250.

teoría jurídica vinculada a una determinada moralidad política, lo cual demostraría, en el mejor de los casos, una mera conexión contingente entre el Derecho y la moral, o bien tratamos de ofrecer una teoría general del Derecho que vincule cualquier sistema jurídico con los principios de justicia y decencia política que subyacen a su constitución, lo que obligaría a considerar moralmente obligatorio cualquier sistema jurídico por el mero hecho de serlo, incluso cuando su ideología de trasfondo resulte incompatible con una democracia liberal. De este modo, la identificación del Derecho legítimo con una determinada moralidad sustantiva hace que Dworkin no tenga apenas nada que decir acerca de los sistemas jurídicos no liberales y de su posible reforma democrática. Sencillamente quedan excluidos como formas de Derecho.

En efecto, la concepción de Dworkin, entendida en sus propios términos, no puede responder a la objeción positivista de legitimar sistemas jurídicos moralmente inaceptables. Si toda decisión sobre lo que es el Derecho reside inevitablemente, al menos en parte, en la teoría mejor fundada que subyace a las decisiones políticas del pasado, entonces la teoría mejor fundada en los sistemas jurídicos injustos será la ideología oficial sobre la que se basa su legislación. En un sistema jurídico basado, por ejemplo, en una moral racista, un juez dworkiniano creará tener la obligación legal y moral de aplicar y extender esa ideología¹⁵. Ante esta objeción, Dworkin afirma que, en un sistema jurídico injusto, el juez debe confiar en el “poder discriminante” de los principios morales, es decir, que ha de usar sus propias convicciones morales para rechazar los principios moralmente inaceptables de dicho régimen jurídico¹⁶. Pero esto implica, como creen Hart y los positivistas, que es la conciencia del juez la que debe resolver, al margen del Derecho, los casos difíciles en los sistemas jurídicos regidos por principios morales injustos. Dicho con otras palabras, en los sistemas jurídicos donde no se respeta la moralidad liberal, el deber judicial de fidelidad al Derecho deja de ser un deber moral¹⁷. Lo cual sitúa a Dworkin en una posición similar a la del positivismo incluyente: sólo podemos probar una conexión entre el Derecho y la moral cuando se da la contingencia de que el Derecho incorpora los principios sustantivos de la moralidad liberal. De este modo, se confirmaría que los sistemas jurídicos injustos

¹⁵ Raz (1994), 224.

¹⁶ Dworkin (1984), 299, n. 4

¹⁷ Dworkin describe la situación que plantea un sistema jurídico injusto como un conflicto entre los “derechos jurídicos” y los “derechos morales”. Ante este conflicto, el juez puede decidir, “a pesar de la influencia que la moralidad debe tener en la respuesta correcta de un caso difícil”, que no tiene el deber moral de aplicar la teoría mejor fundada de su sistema jurídico. Dicho juez podría resolver el caso o bien renunciando, o bien adoptando “la difícil decisión moral” de mentir acerca de lo que el Derecho es en su jurisdicción, afirmando que “los derechos jurídicos son diferentes de lo que él cree que son”, Dworkin (1977), 326-327.

representan un contraejemplo definitivo para refutar la afirmación antipositivista de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Como veremos en el capítulo 4, la teoría de la legalidad como razón pública coincide con Dworkin en afirmar que los principios inmanentes al Derecho sirven para justificar las decisiones jurídicas en los casos difíciles. Sin embargo, precisamente para evitar los problemas que acabamos de ver, la legalidad como razón pública mantiene una concepción procedimental de tales principios inmanentes. Esta concepción incluye, en la senda de Fuller, los principios morales de carácter formal que deben regir las operaciones de todo sistema jurídico. No se trata de una moralidad política determinada que haya que incorporar al sistema jurídico para conseguir su legitimidad, sino de una “moralidad interna al Derecho” que hace que todo sistema jurídico sea, hasta cierto punto, legítimo. Según esta concepción, los jueces no son la autoridad final que determina el contenido de unos principios sustantivos de justicia, sino parte de un entramado institucional en el que se busca la realización de los principios procedimentales y estructurales de la legalidad. En dicho entramado, los jueces colaboran con los demás poderes del Estado en la realización de los valores y principios sustantivos constitucionales. En este esquema colaborativo, los jueces deben deferir a las interpretaciones constitucionales del parlamento y la administración cuando éstas se presentan debidamente justificadas. Lo importante no es que los jueces constitucionales tengan la última palabra (o que los principios sustantivos determinados por los jueces prevalezcan), sino que las decisiones públicas de todos los poderes del Estado se produzcan de acuerdo con un proceso que garantice su justificación en términos de los compromisos últimos de la sociedad, así como su revisión a la luz de la experiencia.

b) Desde un constitucionalismo *common law*

Algunas teorías se basan en la tradición del constitucionalismo *common law* para justificar la supremacía judicial. Veremos dos teorías que, tomando como base el razonamiento judicial típico del *common law*, defienden la supremacía de los jueces en la interpretación de los valores y derechos constitucionales: o bien a partir de la teoría de la adjudicación judicial de Dworkin, en el caso de la concepción de Trevor Allan, o bien a partir de la teoría del Derecho de Hart, en el caso de la obra de Wil Waluchow. En tanto que la legalidad como razón pública defiende el modelo colaborativo como un tipo de constitucionalismo *common law*, es importante que expongamos también aquí las críticas que me parecen más oportunas contra estas teorías no colaborativas.

Allan defiende, a través de Fuller, una concepción sustantiva del imperio de la Ley en la que los jueces controlan la legislación parlamentaria y la acción del gobierno a partir de los valores y derechos fundamentales que constituyen el *common law*. En ausencia de una constitución escrita, como ocurre en el Reino Unido, el *common law* debe servir, según Allan, como un marco constitucional que refleje los valores más importantes de la comunidad¹⁸. Los jueces del *common law*, a través de la interpretación de los precedentes, son sus “exponentes autoritativos”, puesto que su papel consiste en determinar la comprensión colectiva de esos valores para solucionar de un modo imparcial los casos que se les presentan¹⁹. Según Allan, la fuerza del *common law*, como fundamento del imperio de la Ley, reposa en su compromiso inherente con la igualdad (sustantiva) y la racionalidad. La adhesión al precedente garantiza que los casos iguales se traten de manera similar y, como ahora veremos, para Allan la igualdad formal conduce indefectiblemente a la igualdad sustantiva. Además, en la concepción de Allan, la superioridad del *common law* sobre la legislación parlamentaria implica que los jueces deben encargarse de imponer la razón del Derecho, tal y como se manifiesta en el *common law*, sobre la voluntad del legislativo²⁰.

Según Allan, los principios formales del imperio de la Ley que identificó Fuller²¹, y en especial el de generalidad, están conectados con los requisitos de la igualdad sustantiva, de forma que la igualdad ante la Ley no es sólo igualdad ante la Ley formal, sino igualdad ante la concepción sustantiva de la justicia incrustada en la Ley. Sin embargo, según Allan, Fuller no logró demostrar que los criterios formales de la legalidad revelasen una “moralidad interna” del Derecho²². Por ello, Allan trata de articular una lectura “liberal” de los criterios formales de Fuller que garantice la existencia de un contenido moral sustantivo en la base de la legalidad y del Derecho mismo. Con este fin, Allan argumenta que una concepción sustantiva de la legalidad no exige que los sistemas jurídicos tengan unos principios de justicia con un determinado contenido, sino que los principios que decida adoptar la

¹⁸ T. Allan (1999), 241.

¹⁹ *Ibid.*, 239.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Según Fuller, la legalidad formal exige que las reglas jurídicas sean (1) generales –lo que equivale a decir que han de ser propiamente reglas y, por tanto, a diferencia de los mandatos o normas concretas, han de regular acciones típicas o clases de acciones y no acciones individuales específicas–, (2) públicas –los destinatarios deben conocer cuáles son las normas que se espera que obedezcan–, (3) prospectivas –no retroactivas–, (4) inteligibles –claras y comprensibles–, (5) consistentes –no contradictorias–, (6) realizables –los destinatarios deben ser capaces de conformar su comportamiento a los requerimientos legales–, (7) estables –razonablemente duraderas en el tiempo–, y (8) congruentes con la conducta efectiva de los funcionarios –de tal modo que no haya discrepancias entre la formulación de las normas y su aplicación efectiva–. Fuller (1969), cap. 2.

²² T. Allan (1999), 226-227; (2001), 73-74. El autor asume, en este sentido, la crítica de Hart y Raz a Fuller, al reconocer que los criterios formales de la legalidad únicamente aseguran que el Derecho sea una guía efectiva del comportamiento humano, pero no tienen nada que ver con la justicia o injusticia del contenido del Derecho.

sociedad se apliquen equitativa y consistentemente a todos sus miembros²³. Esta es la idea central, según Allan, del imperio de la Ley, y la que expresa el principio de integridad de Dworkin: el ejercicio del poder político, que discrimina entre las personas en la persecución de cualesquiera fines colectivos, es plenamente adecuado sólo cuando se justifica de acuerdo con una concepción común y coherente de la justicia (“alguna concepción del bien común”)²⁴. La elección de una teoría específica de la justicia es una cuestión independiente que ha de resolver cada sociedad en la arena política; pero, sea cual fuere el esquema de derechos y deberes, y de beneficios y cargas, que adopte la comunidad como base de su Derecho, la integridad como ideal político requiere que dicho esquema se aplique equitativa y consistentemente a todos sus miembros, según los términos en que quede registrado en su constitución. La igualdad formal no se limita, por tanto, a exigir la aplicación imparcial de las mismas reglas, cualquiera que sea su contenido. Por el contrario, se trata de un principio constitucional que exige que las reglas se justifiquen, tal y como exige la integridad, de acuerdo con una concepción coherente de la justicia. Si la igualdad ante la ley significase igualdad de todos ante unas reglas que hacen distinciones arbitrarias entre las personas, y que no pueden por tanto justificarse conforme a una concepción pública adecuada de la justicia, dicha igualdad formal sería una mera burla del imperio de la ley.

Pero, como vimos que ocurría en el caso de Dworkin, no está claro que esta formulación del principio de integridad sea incompatible con una concepción positivista de la legalidad, especialmente en su versión incluyente. Lo cual convierte a los principios supuestamente inmanentes del Derecho en una moralidad externa que puede incorporarse de modo contingente en la base del Derecho. Y, como señala Hart, si esa moralidad externa resulta ser una ideología moral perversa, entonces será esa ideología la que se refleje en el contenido sustantivo del Derecho –es decir, en la concepción coherente del bien común que está en su base.

Para Allan, el ideal de la igual ciudadanía se expresa en el contenido del Derecho ante el cual los ciudadanos son iguales. En la teoría de la legalidad como razón pública, por el contrario, “el foco está en el ciudadano como participante activo en el orden jurídico y no en la sustancia incorporada al Derecho”²⁵. Esto significa que el ideal de la igual ciudadanía se realiza dotando a los ciudadanos de los recursos necesarios para participar en condiciones de igualdad en la confección del Derecho, así como para impugnar la constitucionalidad de

²³ T. Allan (1999), 231; (2001), 24, 72-77.

²⁴ T. Allan (1999), 232; (2001), 20.

²⁵ Dyzenhaus (2000), 171.

aquellas decisiones públicas que afectan negativamente a sus derechos fundamentales. Este ideal de ciudadano activo no se conforma con ser un mero receptor del Derecho con tal de que éste incorpore una u otra teoría de la justicia. Bajo esta concepción, los principios immanentes al Derecho son los de participación y rendición pública de cuentas.

Por otra parte, como ya se mencionó, Allan concibe el razonamiento judicial típico del *common law* como la fuente fundamental del Derecho. Son los jueces los únicos capacitados para llevar a cabo el proceso de justificación racional que en última instancia determina la validez del Derecho²⁶. Tomando como referencia la obra de Fuller²⁷, Allan concibe la adjudicación *common law* como un modo inherentemente moral de toma de decisiones, y de ahí deduce que los tribunales de justicia deben considerarse como el mejor foro para la deliberación moral y política²⁸. La teoría de la legalidad como razón pública, como veremos en el capítulo 4, asume también que el modo de razonamiento judicial, basado en la proporcionalidad, debe extenderse en cierta medida al proceso de deliberación que emplea el parlamento y el gobierno en su toma de decisiones. Sin embargo, en contra de la teoría de Allan, esta extensión del razonamiento judicial se deduce, no del análisis de la adjudicación *common law*, sino de una comprensión del imperio de la Ley como un proyecto común en el que todos los poderes del Estado se comprometen en la realización de los valores constitucionales. Además, nuestra teoría considera el parlamento como la fuente principal de creación del Derecho, de modo que la función judicial en el sistema jurídico se deduce de una teoría de la legislación democrática y no de una teoría de la adjudicación judicial.

El segundo ejemplo que cabe destacar de constitucionalismo *common law* no colaborativo es el de Wil Waluchow, aunque en esta ocasión desde presupuestos doctrinales bien distintos. Waluchow cree que es posible dar cuenta del razonamiento judicial típico del *common law* sin abandonar la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral²⁹. Para ello, comienza atacando lo que considera que es el papel que suelen asignar a la constitución tanto los defensores del control judicial de constitucionalidad como sus

²⁶ No obstante, Allan no considera que las determinaciones judiciales del Derecho sean legalmente concluyentes. Según él, dado que es la razón la que determina la validez del Derecho, ésta depende en última instancia de la conciencia de cada individuo, T. Allan (2001), 7, 67,85. Para Allan, cada individuo es el equivalente a un “tribunal constitucional”, *ibíd.*, 312.

²⁷ En concreto, Fuller (1978), donde el autor argumenta que en sede judicial son los intereses de las partes los que controlan el proceso. Los litigantes pueden presentar y debatir libremente el grado de corrección de una acción impugnada. Según Fuller, es este carácter esencialmente colaborativo lo que hace que la adjudicación *common law* tenga una cualidad moral especial.

²⁸ T. Allan (2001), 24.

²⁹ Waluchow (2005), (2007).

detractores. Según esta visión compartida, ese papel sería el de ofrecer un punto de acuerdo más o menos fijo y estable sobre unos límites morales (los derechos morales) que la acción del Estado no puede infringir. Waluchow, haciéndose eco de las críticas de Waldron, no cree que ninguna moralidad política sustantiva pueda cumplir semejante papel en las “circunstancias de la política”³⁰. Estas circunstancias incluyen, no sólo el deseo de actuar políticamente de manera concertada, sino también un desacuerdo radical sobre cuáles son nuestros derechos fundamentales y cómo deben entenderse y aplicarse. Sin embargo, en lugar de rechazar cualquier carta constitucional de derechos y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, Waluchow trata de fundamentar la adopción de ambos en una visión alternativa del papel de las constituciones. Según esta visión, lejos de establecer puntos fijos, las constituciones representan únicamente “un pre-compromiso muy modesto combinado con una considerable dosis de humildad”³¹ —actitud que procede del reconocimiento de nuestra falta de respuesta para todos los casos donde aparecen los derechos morales. Esta visión es la que sugiere, según el autor, la metáfora de la constitución como un “árbol vivo”³².

Waluchow concibe el Derecho conforme a las tesis del “positivismo incluyente” de Hart. El Derecho se define, conforme a esta concepción, como un modo de planificación social, el cual pretende satisfacer dos necesidades: por una parte, “la necesidad de ciertas reglas que puedan, en amplias áreas de conducta, aplicarse con seguridad por los individuos sin ulteriores directrices administrativas o ponderación de intereses sociales” y, por otra, “la necesidad de dejar abiertos, para determinaciones posteriores mediante una elección oficial informada, asuntos que sólo pueden ser adecuadamente valorados y resueltos cuando aparecen en un caso concreto”³³. Esta segunda necesidad procede de la incapacidad inherente a cualquier ordenamiento jurídico para resolver por anticipado todas las cuestiones imaginables y, en concreto, para responder al impacto que las leyes puedan tener eventualmente sobre los derechos morales. Precisamente para atender a esta necesidad social, Waluchow propone la adopción de una carta constitucional de derechos, entendida y aplicada como un “árbol vivo”, es decir, como un instrumento capaz de crecer y adaptarse, dentro de los límites de su naturaleza como parte de la constitución, a las nuevas circunstancias y a la evolución de las creencias sobre la justicia. Desde el positivismo

³⁰ Waluchow, (2005), 535.

³¹ *Ibid.*, 537.

³² El autor hace referencia a la conocida expresión de Lord Sankey en *Edwards v. Attorney-General for Canada* [1930] AC 124, 136.

³³ Hart (1994), 130-131.

incluyente, sólo es posible reconocer la validez jurídica de los principios constitucionales a partir de su declaración formal. Dicha declaración permite que los jueces pueden acudir al razonamiento moral en la determinación del Derecho sin dejar de cumplir la regla de reconocimiento. De este modo, la carta constitucional de derechos “establece el marco para el desarrollo de una jurisprudencia *common law* de los derechos morales”³⁴ que trata de combinar la relativa estabilidad del Derecho escrito y atrincherado con la relativa flexibilidad característica del *common law*.

Esta concepción, a mi modo de ver, constituye un loable esfuerzo por acercar la teoría analítica del Derecho a la práctica jurídica realmente existente en las democracias constitucionales actuales³⁵. Sin embargo, creo que esta concepción es incoherente por dos razones. En primer lugar, porque la inclusión de principios morales entre los criterios de validez legal implica necesariamente una teoría no positivista del Derecho. Como señaló en su momento Dworkin, no es posible seguir sosteniendo una “regla de reconocimiento” para la identificación del Derecho válido cuando se incluyen en ella unos principios morales cuyo contenido no puede establecerse de manera incontrovertida mediante hechos sociales³⁶. La constitución no elimina el desacuerdo razonable sobre la justicia sustantiva. Los derechos que quedan registrados en el texto constitucional son tan sumamente abstractos que exigen acudir al razonamiento moral para su aplicación judicial en los casos concretos. No hay forma de eludir esta consecuencia. Si la regla de reconocimiento implica el consenso de los jueces respecto al modo de actuar en la resolución de los casos, la inclusión de los principios morales dentro de dicha regla trae consigo forzosamente la supresión de dicho consenso.

Ante esta objeción, la réplica de los positivistas incluyentes consiste en señalar que la mencionada inclusión es meramente contingente, es decir, que se basa en una convención social y no en el contenido o el mérito moral de tales principios. Pero esta respuesta nos conduce a la segunda razón para afirmar la incoherencia de este tipo de positivismo. La contingencia de la conexión entre el Derecho y la moral es ajena a la tradición del *common law*, y a su concepción de la naturaleza de los principios constitucionales. Desde un positivismo incluyente, tales principios respaldan las decisiones judiciales tan sólo como una serie de convenciones que los jueces y operadores jurídicos de una determinada jurisdicción aceptan como obligatorios. En la tradición del *common law*, en cambio, dichos principios

³⁴ Waluchow (2005), 559, 560.

³⁵ Como veremos en el capítulo 4, el estilo *common law* de razonamiento judicial es aplicable a todo sistema jurídico que incorpora en su base valores y derechos abstractos constitucionales, escritos o no.

³⁶ Véase Dworkin, (2006), 190.

tienen una relación necesaria con el Derecho por cuanto que se entienden como las condiciones de legalidad inmanentes a un orden legal. En esta tradición, por tanto, es la legalidad, y no la regla de reconocimiento, la que determina cuál es el Derecho en un sistema jurídico³⁷.

Para los propósitos de este trabajo, lo más relevante de este último punto son las consecuencias que se derivan para la función judicial. Según Waluchow, no sólo puede existir una brecha significativa entre la validez legal y la moralidad comunitaria, sino que también es posible que la moralidad constitucional de la sociedad (la que los jueces tienen el deber legal de aplicar) sea profundamente reprobable desde la moralidad que Hart denomina “crítica” o “ilustrada”³⁸. Waluchow pone como ejemplo la moralidad constitucional racista de Sudáfrica durante el régimen del *apartheid*³⁹. Ahora bien, la separación del deber legal de los jueces (aplicar el Derecho válido) de su deber moral (seguir los dictados de su conciencia) incurre en una petición de principio. Desde una concepción no positivista del imperio de la ley, el juez no puede identificar primero el contenido del Derecho por medio de criterios moralmente neutrales, para luego juzgar ese contenido recurriendo a la argumentación moral. Los principios de la legalidad y los derechos humanos se consideran una parte irrenunciable de la moralidad constitucional de cualquier sociedad que quiera gobernarse mediante el Derecho. Dicho de otro modo, esos principios son el contexto en el que el juez debe tratar de interpretar los datos relevantes para la cuestión que plantea el caso⁴⁰. Según este enfoque, aunque no exista una constitución escrita, los jueces deben interpretar el Derecho válido de acuerdo con la moralidad constitucional, de modo que, en aquellos casos donde comprueben que la intención del legislativo es manifiestamente contraria a los valores constitucionales, su deber de aplicar el Derecho válido no les exime de su obligación de declarar formalmente dicha incompatibilidad, tal y como vimos que exige el modelo colaborativo de constitucionalismo. En caso contrario, estarían incumpliendo su deber legal y moral de fidelidad al Derecho.

³⁷ T. Allan (2001), 218.

³⁸ Hart (1994), 183, 206.

³⁹ Waluchow (2007), 227; (2008), 76. Compárese con Dyzenhaus (1998b). En esta última obra, basada en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación que se constituyó en Sudáfrica tras la caída del régimen del *apartheid*, Dyzenhaus critica el papel de los jueces que se limitaron a aplicar la ideología racista incorporada al sistema jurídico, al tiempo que alaba el esfuerzo de aquellos otros jueces que cumplieron su deber legal y moral de interpretar el Derecho positivo de acuerdo con los principios del *common law*, en especial el principio de igualdad.

⁴⁰ Dyzenhaus (2010), 53.

B. Hacia una teoría constitucional colaborativa

La cooperación e interdependencia que promueve la estructura del modelo colaborativo de constitucionalismo pretende lograr un equilibrio entre la democracia y la protección de los derechos humanos. Ahora bien, como vimos al inicio de este trabajo, la fundamentación teórica de dicho equilibrio puede articularse a partir de las dos concepciones clásicas del constitucionalismo. Desde el ‘constitucionalismo político’, se entiende que la interpretación de los derechos es un ejercicio esencialmente político y que, por tanto, debe realizarse por los poderes del Estado orientados políticamente; desde el ‘constitucionalismo jurídico’, en cambio, se afirma que la interpretación constitucional ha de estar disciplinada por la legalidad y que, por tanto, los jueces tienen un papel necesario en dicha interpretación, como garantes de la aplicación de tal disciplina. Mi intención es articular una teoría constitucional colaborativa —que denomino ‘legalidad como razón pública’— a partir de las posiciones del constitucionalismo jurídico, aunque asumiendo algunas posiciones claves del constitucionalismo político.

La legalidad como razón pública comparte con la posición del constitucionalismo político lo que me atrevería a denominar ‘la crisis de legitimidad de los órdenes político y jurídico en las democracias liberales contemporáneas’. El “liberalismo político” de John Rawls representa seguramente el último gran intento por reconstruir un consenso moral para nuestras democracias en torno a una teoría liberal de la justicia. Sin embargo, el propio Rawls expresó en 1995 su sorpresa por el hecho de que sólo recientemente algunos autores liberales hubieran desarrollado una doctrina meramente “política” del liberalismo⁴¹. La explicación más plausible de este ‘giro político’ reside, en mi opinión, en el hecho de que la moralidad política liberal se ha vuelto problemática, es decir, no se la puede seguir considerando como la base de un acuerdo político general en nuestras sociedades democráticas contemporáneas. El intento de basar dicho acuerdo en un “consenso por superposición” ha sido criticado por numerosos autores, en mi opinión certeramente, por tratar de separar la moralidad política como un módulo independiente del resto de la moralidad, aislando los valores políticos del desacuerdo razonable que reina entre las distintas doctrinas de la vida buena. La teoría de la legalidad como razón pública presupone que el pluralismo y el desacuerdo razonable son las notas definitorias de nuestras democracias avanzadas, por lo que cualquier teoría constitucional que desee respetar este

⁴¹ Rawls (1996), 374, refiriéndose a Charles Larmore y Judith Shklar.

hecho no podrá concebir una carta constitucional de derechos (judicialmente garantizada) como un documento que refleja y promueve un acuerdo moral sustantivo estable en la sociedad.

A partir de ese punto de partida común, la legalidad como razón pública coincide con el constitucionalismo político en dos tesis importantes. En primer lugar, como consecuencia del carácter controvertido de cualquier teoría de moralidad política, ambas comparten una concepción procesal de los principios de la legalidad, es decir, de los estándares que limitan la capacidad normativa del legislativo. Desde este enfoque procesal, el orden jurídico se concibe como una práctica social discursiva, la infraestructura, podríamos decir, de una cultura de la argumentación. Frente a los teóricos del constitucionalismo de supremacía judicial, que miden el valor del orden jurídico por los resultados que producen los mecanismos institucionales, según sirvan con mayor o menor eficacia a la protección de los derechos individuales, la legalidad como razón pública aprecia el valor del orden jurídico en sus presupuestos procedimentales, procesales y estructurales.

En segundo lugar, la legalidad como razón pública, al igual que las teorías del constitucionalismo político, rechaza la supremacía judicial en la interpretación constitucional, y otorga al parlamento la ‘última palabra’. Es decir, considera al parlamento como el lugar privilegiado de producción de normas jurídicas, frente a los teóricos del constitucionalismo jurídico, que ven dicho lugar en los tribunales superiores de justicia. La primacía del parlamento en la articulación de las convicciones últimas de la sociedad es una posición que se suele asociar al republicanismo cívico, donde el ideal sustantivo es el del ciudadano activo que tiene los recursos necesarios para participar en condiciones de igualdad en la producción y revisión del Derecho.

Sin embargo, sobre el fondo de estas posiciones comunes, el constitucionalismo político y la legalidad como razón pública plantean la colaboración constitucional de modos muy distintos. Los dos próximos capítulos estarán destinados precisamente a analizar dichas diferencias. No obstante, a modo de introducción, cabría mencionar aquí la diferencia quizá más sobresaliente, relativa al problema de la fundamentación del deber/poder interpretativo de los jueces en el modelo colaborativo —un tipo de interpretación judicial que permite, como vimos, alterar o modificar la literalidad de las leyes con objeto de producir una interpretación compatible de las mismas con los requerimientos de la Constitución. Esta interpretación ‘correctiva’ de las disposiciones jurídicas puede considerarse como algo inevitable en un régimen con una carta de derechos garantizada judicialmente, pero de ahí no se sigue de manera necesaria que este tipo de interpretación judicial deba considerarse

deseable. Para los teóricos del constitucionalismo político, la interpretación judicial correctiva de las leyes se considera un mal necesario bajo una ley de derechos humanos, algo que debe restringirse mediante una legislación parlamentaria clara, precisa e inteligible, capaz de guiar y restringir en todo lo posible la aplicación judicial⁴². Desde la legalidad como razón pública, en cambio, dicha interpretación se justifica a partir de una comprensión del deber de fidelidad al Derecho en la que los jueces están comprometidos tanto con el Derecho positivo como con los valores constitucionales, escritos o no, que están en su base.

Mi tesis es que desde el constitucionalismo político no es posible fundamentar adecuadamente el modelo colaborativo, porque dicha posición parte (y contribuye a fomentar) una cultura constitucional basada en un conflicto de supremacías, donde el aumento del poder de los jueces implica un detrimento de la supremacía parlamentaria. La teoría de la legalidad como razón pública, en cambio, sustituye ese conflicto de autoridades tratando de hacer plausible un esquema de institucional basado en la colaboración y la interdependencia. Según esta teoría, la robustez de la revisión judicial ‘débil’ reposa en la existencia de una cultura constitucional desarrollada, es decir, una cultura jurídica y política donde la sociedad, el parlamento y el gobierno se toman en serio la opinión de los jueces.

⁴² El autor que quizá más ha insistido en este punto es Tom Campbell, véase Campbell (1994), 196, (2001), 91, (2011), 458.

4.

La teoría de la legalidad como razón pública

En este capítulo se elaboran los elementos centrales de la teoría de la legalidad como razón pública. En primer lugar, esta teoría concibe el orden jurídico como una *cultura democrática de la justificación*, es decir, como una cultura en la que todo ejercicio del poder colectivo, o ausencia de ejercicio, debe poder justificarse por referencia a razones públicas, es decir, abiertas a escrutinio por parte del legislativo y la judicatura, que evidencien la compatibilidad de tales disposiciones con los compromisos fundamentales de la sociedad. En una cultura democrática de la justificación, el escrutinio de derechos humanos por parte del parlamento debe complementar, no reemplazar, el escrutinio al que los tribunales someten las justificaciones públicas de las infracciones de los derechos humanos.

En segundo lugar, la legalidad como razón pública defiende el lema habermasiano de *la legitimidad a partir de la legalidad*. La autoridad del Derecho no depende de que el contenido de sus normas encaje con unos principios morales independientes, sino de que sean el producto de un procedimiento democrático que satisface ciertas precondiciones. Esto implica que la legitimidad que se deriva de la satisfacción de tales presupuestos trae consigo siempre, hasta cierto punto, la justificación de los resultados. En este sentido, la legalidad como razón pública adopta una posición muy similar al “constructivismo ético” de Carlos S. Nino. Sin embargo, para servir de base a un constitucionalismo colaborativo, nuestra teoría no puede seguir hasta el final las teorías de Jürgen Habermas y Nino, puesto que para estos autores la justificación debe realizarse en el momento de la producción legislativa, no en la fase de aplicación del Derecho. Para la legalidad como razón pública, en cambio, la revisión judicial de constitucionalidad forma parte del proceso de deliberación colectiva, como una exigencia de justificación de las leyes a la luz de la experiencia.

En tercer lugar, la legalidad como razón pública defiende un tipo de constitucionalismo que tiene varios puntos de contacto con la tradición del *common law*. Según esta concepción, aunque no haya una Constitución escrita, el orden jurídico *per se* trae consigo una moralidad constitucional inherente sobre la cual los jueces deben apoyarse al determinar lo que requiere el Derecho en cada caso. Una declaración formal de los

derechos humanos hace más evidente este deber moral/legal de los jueces, añadiendo ciertos derechos según las circunstancias de cada comunidad política, haciendo así más precisa la estructura de la función judicial basada en derechos. No obstante, lo significativo es que el hecho de la formalización o positivización de los derechos no representa para esta concepción un cambio radical en el papel de los jueces, ni una debilitación de la democracia. Un gobierno democrático no es únicamente aquél en el que el parlamento hace las leyes, sino también un gobierno conforme a Derecho, y por tanto conforme a la moralidad constitucional implícita en el orden jurídico. Para este constitucionalismo ‘no escrito’, la existencia y el contenido del Derecho se consideran, en buena medida, identificables por medio del razonamiento moral/legal –es decir, a través de un estilo de razonamiento judicial similar al que propugnan Fuller y Dworkin. Incluso en ausencia de una Constitución escrita o una declaración formal de derechos fundamentales, los jueces tienen que involucrarse en la interpretación de los valores constitucionales, cumpliendo así un papel imprescindible en cualquier orden social que aspire a ser un régimen de legalidad.

Por último, en cuarto lugar, la legalidad como razón pública concibe el mantenimiento del imperio de la Ley, o de la Constitución escrita, según los casos, como una *empresa colaborativa* en la que participan todos los poderes del Estado con funciones distintas y complementarias. Según esta concepción, la estructura del modelo colaborativo responde a la teoría de la revisión constitucional de Alexander Bickel. A su vez, esta teoría puede enmarcarse dentro de la concepción del Derecho y de la legalidad de Fuller, en donde la idea misma de un orden jurídico operativo trae consigo “la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el destinatario de la ley”⁴³. El ideal sustantivo último de esta concepción interactiva de la legalidad es el de una ciudadanía activa, que exige a través de los tribunales y órganos administrativos la justificación razonable de las decisiones públicas que le afectan.

A. Una cultura democrática de la justificación

La discusión entre los constitucionalistas políticos y los defensores de la supremacía judicial se centra en la cuestión de quién está mejor situado para tener la autoridad final en la interpretación de los derechos y la identificación del Derecho. Desde la teoría de la legalidad como razón pública, sin embargo, esta discusión es secundaria. Según dicha teoría, *la*

⁴³ Fuller (1969), 84.

cuestión central no es quién tiene la autoridad final, sino qué estructura institucional hace posible una adecuada justificación de las leyes y decisiones públicas que limitan el ejercicio efectivo de los derechos, y qué debe contar como una justificación adecuada en una sociedad democrática. Como dijimos en el capítulo 1, la metáfora del ‘diálogo’ tiene la virtud de poner de relieve este punto: la cuestión de quién tiene la autoridad final, el parlamento o la judicatura, puede ser una distracción de lo que debería ser el asunto crucial — esto es, la justificación pública de la acción política. Lo importante no es quién debe interpretar la esencia de los derechos, sino cuál es el proceso más adecuado para evaluar si un límite sobre los derechos se ha justificado apropiadamente. Por encima de la cuestión sobre ‘quién decide’ es mucho más apremiante la cuestión sobre cuáles son los mecanismos institucionales que pueden potenciar la responsabilidad compartida en la protección y fomento de los derechos humanos. Las consideraciones democráticas son extremadamente importantes en el diseño y la operatividad de esos mecanismos institucionales, “pero enfocar todas las cuestiones sobre derechos humanos desde el prisma de ‘quién decide’ puede, paradójicamente, impedir la adecuada aproximación a esas consideraciones democráticas”⁴⁴.

Para la teoría de la legalidad como razón pública, el modelo colaborativo tiene el potencial para servir de base a una concepción democrática del constitucionalismo, es decir, una concepción “capaz de otorgar a los tribunales un destacado papel en la articulación y promoción de los valores fundamentales de la sociedad, al tiempo que reconoce a las ramas democráticas y la administración un papel significativo en la definición y desarrollo de esos valores”⁴⁵. Bajo este enfoque, el modelo colaborativo exige replantear la relación entre los diferentes poderes de una democracia liberal conforme a lo que se ha venido a denominar *una cultura democrática de la justificación*⁴⁶. En este sentido, el modelo colaborativo requiere concebir los papeles respectivos de las instituciones en materia de derechos humanos desde la perspectiva de la colaboración y la responsabilidad compartida, no sobre la base de la soberanía o autoridad última. En palabras de Murray Hunt:

⁴⁴ Hunt (2015), 13.

⁴⁵ Hunt (2007), 470.

⁴⁶ La noción de ‘cultura de la justificación’ fue elaborada por primera vez por Etienne Mureinik en el contexto de la transición democrática de Sudáfrica, como contraposición a la ‘cultura de la autoridad’ que había impuesto el régimen del *apartheid*. Según Mureinik, la base jurídica de una cultura de la autoridad reside en la doctrina de la soberanía parlamentaria. “Universalmente, esa doctrina enseña que lo que dice el Parlamento es ley, sin necesidad de ofrecer ninguna justificación a los tribunales” Mureinik (1994), 31. Por el contrario, en una cultura de la justificación, “el liderazgo del gobierno descansa en la contundencia de los argumentos que ofrece en defensa de sus decisiones, no en el miedo que inspira la fuerza de sus órdenes”, *ibíd.*, 32. Una cultura de la justificación se basa en la persuasión, no en la coerción, una cultura en la que es costumbre que todo ejercicio del poder se justifique apelando a razones públicas cuya compatibilidad con los valores constitucionales se garantiza mediante una revisión independiente. Para un análisis exhaustivo de ese momento histórico, y de sus consecuencias para el movimiento constitucionalista, véase Roux (2013).

Una cultura democrática de la justificación es un orden político y jurídico basado en una responsabilidad compartida en la protección y promoción de los derechos humanos, donde toda acción o inacción que afecte a los derechos humanos debe justificarse mediante razones públicamente disponibles que el parlamento y los tribunales evalúan para asegurar su compatibilidad con los compromisos más fundamentales de la sociedad, y donde cada una de tales instituciones respeta el papel legítimo de las demás⁴⁷.

En esta definición aparecen dos cuestiones a destacar. En primer lugar, la cuestión del alcance de esta exigencia de justificación. A este respecto, dada la fuerza expansiva de los derechos humanos, capaces en principio de alcanzar todas las áreas sustantivas de la acción colectiva, no parece posible acotar un ámbito o área específica relativa a los derechos humanos. La colaboración e interdependencia institucional supone, por tanto, que *todos* los ejercicios del poder del Estado, todas las decisiones, actos u omisiones públicas, han de venir acompañados por su correspondiente justificación basada en razones públicas, es decir, en explicaciones racionales que todos los afectados por tales acciones u omisiones puedan razonablemente aceptar. En segundo lugar, la cuestión del mutuo respeto entre instituciones de su respectiva competencia y legitimidad. Este punto es esencial para la configuración de una auténtica cultura *democrática* de la justificación, capaz de armonizar las dos exigencias de protección efectiva de los derechos fundamentales y el principio democrático de autogobierno. En este sentido, es necesario complementar la revisión sustantiva de los jueces con un análisis de la deferencia debida de los tribunales a los poderes electos, responsables principales, en última instancia, de la articulación de los derechos básicos. En la tercera parte de este trabajo trataré elaborar *la doctrina de la deferencia debida* que exige el modelo colaborativo de constitucionalismo. Para ello, me basaré en la jurisprudencia posterior a *Oakes* del Tribunal Supremo de Canadá que vimos en el capítulo 2

Por último, una cultura democrática de la justificación está basada en un ideal sustantivo: el de una ciudadanía activa, dotada de los recursos suficientes para obligar a los poderes públicos a dar cuenta de sus decisiones. Este es un ideal típicamente republicano y democrático, que incide en la aspiración de que los ciudadanos sean los autores del Derecho al que están sujetos. Según la teoría de la legalidad como razón pública, la participación y la rendición pública de cuentas (*accountability*) responden al mismo principio básico de la democracia: “todas las decisiones respaldadas por la fuerza pública que invocan la autoridad del ‘pueblo’ son legítimas sólo si se puede mostrar que son justificables”. Este ideal no puede realizarse plenamente si se confina su realización institucional en los mecanismos de

⁴⁷ Hunt (2015), 2.

la democracia parlamentaria. Sobre todo, si tenemos en cuenta el contexto del actual Estado administrativo, en el que el contenido de la legislación depende en gran medida de su interpretación por los órganos administrativos. En una cultura de la justificación, la idea republicana de la libertad como no dominación se realiza por los mecanismos institucionales situados más allá del parlamento, en lo que aquí he denominado la ‘segunda parte de la democracia deliberativa’, es decir, la fase aplicativa, tanto judicial como administrativa.

B. La legitimidad de la legalidad

a) Legitimidad y justificación

La idea de que el test moral que deben superar las normas jurídicas para su justificación reside en el propio Derecho, está firmemente asentada en la obra de Habermas. En la senda de Max Weber, Habermas reconoce en la legalidad la única legitimación posible del orden político en las circunstancias de un mundo moderno secularizado, es decir, en un mundo donde las tradiciones han dejado de ser fuente de significado y justificación⁴⁸. Sin embargo, el Derecho legítimo no se reduce, según Habermas, al Derecho empíricamente legitimado, como ocurría en la “jaula de hierro” weberiana.

Para Weber, el Derecho positivo era la forma más racional de ordenación social bajo las circunstancias de la Modernidad. Pero la racionalidad del orden jurídico, como la del orden económico y la del orden administrativo burocrático, era, según el autor, puramente formal o instrumental —es decir, se ceñía a medir la eficacia de los medios según el grado de realización de los fines⁴⁹. La racionalidad en la elección de los fines se basaba, según Weber, en la relación del agente con los valores que subyacen a tales fines, pero la elección de valores no era racionalmente justificable⁵⁰. Esto significa que, en la concepción de Weber, los ciudadanos de las sociedades modernas carecen de un criterio último que les

⁴⁸ “El destino de nuestro tiempo, racionalizado e intelectualizado y, sobre todo, desmitificador del mundo, es el de que precisamente los valores últimos y más sublimes han desaparecido de la vida pública y se han retirado, o bien al reino ultraterreno de la vida mística, o bien a la fraternidad de las relaciones inmediatas de los individuos entre sí”, Weber (1998), 231.

⁴⁹ Para Weber, la racionalidad formal del Derecho era un presupuesto necesario tanto para la expansión y predominio de la economía capitalista, como para la organización y legitimidad de la administración burocrática en las sociedades modernas, Tuori (2002), 50.

⁵⁰ Para Tuori, esto significa que, en la concepción de Weber, la racionalidad de los valores sólo puede medirse con criterios formales. “Con respecto a los valores, la racionalidad de la acción depende de la consistencia del agente en su orientación por valores, siendo más racional cuanto más generalizado y sistemático sea el conjunto de valores sobre los que se apoya el agente al determinar sus fines en situaciones específicas”, *ibíd.*, 37.

permita reconocer qué es normativamente legítimo. Una vez que se dan las condiciones que permiten afirmar la existencia de un orden jurídico efectivo —en esencia, la aceptación y obediencia de sus normas jurídicas por parte de sus destinatarios finales, así como la aceptación por parte de un conjunto de funcionarios del deber de interpretar y aplicar dichas normas de acuerdo con los criterios procedimentales establecidos por las reglas fundamentales de ese orden—, no puede negarse su legitimidad⁵¹. En la concepción weberiana, el orden jurídico de las sociedades modernas debe asumirse sin más como legítimo; no existe ninguna tensión entre legalidad y legitimidad.

Según Weber, la racionalización formal del Derecho respondía a una de las características propias del mundo moderno secularizado: la diferenciación de las esferas culturales (como la ciencia, la moral, el Derecho y el arte) y su posterior desarrollo a partir de criterios de validez internos a cada una de ellas⁵². El Derecho moderno era sólo formalmente racional en la medida en que era autónomo y había cortado sus vínculos con otras normas sociales. En principio, Weber consideraba que la validez de las normas jurídicas no dependía de su validez empírica (objeto de la sociología), sino de su validez ideal dentro del reino del ‘deber ser’. La separación del Derecho respecto de otras normas sociales significaba, para el autor, que los criterios de ‘validez ideal’ de las normas jurídicas estaban determinados por las normas que regulaban los procedimientos de su producción. Ahora bien, la concepción weberiana de la validez ideal del Derecho “no incluía un requerimiento de *legitimidad normativa*”⁵³. Weber no entendió la legitimidad en términos normativos, sino únicamente en términos empíricos, es decir, como un concepto conectado a las creencias de la población sobre las normas jurídicas. El orden jurídico era legítimo en la medida en que existía la creencia efectiva de que sus normas habían sido aprobadas legalmente, es decir, siguiendo los procedimientos establecidos por las normas jurídicas⁵⁴.

Habermas, al igual que Weber, afirma que el Derecho positivo posee un reclamo inherente de legitimidad, y que éste no proviene de su contenido, sino del procedimiento por

⁵¹ Habermas (1998) 138, 539-545; Weber (1944), vol. 1, cap. 3 (“Los tipos de dominación”).

⁵² Tuori (2002), 44. Como señala el autor, la autonomía del Derecho está ligada, en la teoría de Weber, a su sistematización y formalismo lógico. “El Derecho moderno es autónomo en el sentido de que se ha desprendido de otros sistemas de normas sociales, como las costumbres, la moral y la religión. Sólo un Derecho autónomo semejante puede reconducirse a un todo sistemático y lógicamente consistente. Y la tarea sistematizadora sólo puede ejecutarse mediante la interpretación lógica del significado, un método que representa un formalismo de tipo lógico”, *ibíd.*, 43.

⁵³ *Ibíd.*, 45.

⁵⁴ “La concepción de Weber de la legitimidad del Derecho moderno se ha formulado como una paradoja: la legitimidad de la legalidad se basa de hecho en la legalidad. Esta formulación no es del todo exacta: para ser precisos, según Weber la base de la legitimidad del Derecho moderno no reside en la legalidad sino en una creencia en la legalidad, la cual determina la conducta de aquellos que viven sujetos al orden jurídico”, *ibíd.*

el que se construye. Sin embargo, ofrece una concepción procedimental del Derecho que vincula legitimidad con justificación (o fundamentación): “sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad”⁵⁵. Para él, sólo una comprensión adecuada de la racionalidad procedimental específica del orden jurídico, cuya base se encuentra en la idea de justificación, puede explicar por qué el Derecho no es un mero instrumento del poder político, sino la principal fuente de legitimidad del Estado.

La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales.⁵⁶

Según esta visión, que comparte la teoría de la legalidad como razón pública, la justificación del Derecho positivo (y, por ende, su legitimidad) no obedece a la correspondencia entre su contenido y un conjunto preestablecido de principios morales, sino a que es producto de los procedimientos democráticos apropiados. Tales procedimientos no son meramente aquellos que cabe encontrar factualmente en una regla suprema de la práctica del sistema jurídico (la regla de reconocimiento de Hart o la norma básica de Kelsen), sino los procedimientos inmanentes a la idea del Estado de Derecho. En la terminología habermasiana, el carácter justificativo del derecho democrático depende de *la conexión interna entre la democracia y el Estado de Derecho*. Dicho en términos de democracia y derechos individuales, esta tesis significa que el Derecho positivo sólo está justificado cuando respeta la “co-originalidad” de la autonomía pública (el derecho de todos los ciudadanos a participar en pie de igualdad en las decisiones sobre el bien común) y la autonomía privada (los derechos de todos los individuos a perseguir su propia concepción del bien) como las dos caras del mismo compromiso con la igual ciudadanía. La concepción de los individuos como autores de sus valores morales surge al mismo tiempo que la concepción de los ciudadanos como decisores de los principios que tienen que regir su vida colectiva. Los derechos que protegen la esfera de la autonomía privada deben acordarse colectivamente y, al mismo tiempo, los derechos de participación deben ser producidos por un ejercicio de autonomía pública legítima, que no infrinja la autonomía privada. Tanto la

⁵⁵ Habermas (1998), 536.

⁵⁶ *Ibid.*, 556-557.

moralidad como el Derecho positivo han de producirse colectivamente, y el único acceso colectivo a la moralidad es a través del contenido del Derecho positivo⁵⁷.

Para Habermas, el ‘principio democrático’ que sirve para evaluar la legitimidad de las normas jurídicas, es el resultado de la institucionalización del ‘principio discursivo’, es decir, del principio que permite juzgar la validez de las normas de acción en general. Este principio establece que sólo serán válidas aquellas normas de acción (o expectativas de conducta socialmente generalizadas) “a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales (discusiones públicas donde se busca un consenso sobre las pretensiones de validez mediante argumentos racionales aceptables para todos y donde se respeta el derecho a igual participación de cada uno)”⁵⁸.

La institucionalización del principio discursivo se realiza, según Habermas, mediante el “sistema de derechos”, el cual, a su vez, ha de especificarse mediante el principio de la democracia. El “sistema de derechos” de Habermas consta de cinco grupos. Los derechos de los tres primeros están destinados a crear las precondiciones necesarias para la forma jurídica misma, aunque sus especificaciones positivas deban satisfacer también los requerimientos del principio discursivo. En el *primer* grupo se encuentran los derechos que garantizan el *status* de las personas jurídicas como portadoras de derechos: la vida, la libertad y la integridad personales y la propiedad; el *segundo* está formado por los derechos básicos que “resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica” (determinada geográfica y socialmente): por ejemplo, las disposiciones relativas a la ciudadanía, la extradición y el asilo; en el *tercer* grupo están aquellos derechos que “resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de*

⁵⁷ Habermas (1998), 160-164, 652-653; (1999) 254-256. Lo cual no significa que, para Habermas, el Derecho positivo responda únicamente a las necesidades y demandas de la moralidad. Según el autor, el Derecho positivo realiza funciones complementarias en relación a la política: es el medio empleado para la formulación e implementación de fines y políticas comunes, lo cual no sólo exige introducir elementos teleológicos en el Derecho y la producción legislativa, sino que también requiere dejar espacio para los procesos de negociación de intereses. “El principio democrático resulta de una correspondiente especificación del principio ‘D’ o ‘principio del discurso’ para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales”, Habermas (1998), 173.

⁵⁸ *Ibid.*, 172.

los derechos individuales”⁵⁹. El principal objetivo de estos tres tipos de derechos es garantizar la *autonomía privada* de los sujetos jurídicos⁶⁰.

Los derechos del *cuarto* grupo se refieren a los miembros de la comunidad jurídica, no como objetos de regulación jurídica, sino como autores de su Derecho: son los derechos de su *autonomía pública*. Estos derechos garantizan a los ciudadanos igualdad de oportunidades para participar en los procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes que exigen los procedimientos democráticos de producción de leyes: el derecho a votar y ser elegido, así como las libertades de expresión, reunión y asociación. Por último, los derechos básicos del *quinto* grupo pretenden asegurar las condiciones materiales y culturales necesarias “para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades” del resto de los derechos fundamentales: son los denominados derechos económicos, sociales y culturales⁶¹.

En un sentido similar, Nino ha desarrollado una concepción del imperio de la Ley en la que la autoridad de las normas jurídicas no depende de que su contenido se ajuste a unos principios morales independientes, sino de que dicho contenido sea el resultado de un procedimiento democrático que satisface ciertas condiciones. Lo que aquí denominamos ‘legalidad’ vendría a ser, según Nino, el conjunto de “presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”. Esta práctica discursiva es la “práctica social del discurso moral”, es decir, la discusión y decisión colectivas que caracterizan el procedimiento democrático a propósito de los principios de justicia o de moralidad política. Según la tesis del “constructivismo epistemológico”:

La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y

⁵⁹ Ibid., 188.

⁶⁰ Habermas sigue aquí la distinción kantiana entre la voluntad autónoma y racional (*Willen*), de la que no se ocupa el Derecho, y la libertad de arbitrio (*Willkür*), orientada a conseguir la satisfacción de necesidades e intereses a través de la acción estratégica. Los derechos de la autonomía privada “están cortados a la medida de la libertad de arbitrio de actores tipificados y considerados cada uno por separado, es decir, a la medida de libertades subjetivas de acción, que se otorgan en términos condicionales” *ibid.*, 184-185. En términos rawlsianos, la libertad de arbitrio implica que los sujetos jurídicos son “fuentes auto-originantes de pretensiones válidas” con independencia de las obligaciones derivadas de los vínculos sociales, véase Rawls (1999), 330. Para Habermas, el que el arbitrio guiado por intereses quede desligado de los contextos creadores de obligaciones “es sólo el reverso [...] de la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan los espacios de opción desde fuera. Esto explica la posición fundamental que ocupan los derechos que aseguran, a la vez que hacen compatibles entre sí, libertades subjetivas individualmente imputables” *ibid.*, 185.

⁶¹ Ibid., 189.

detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados⁶².

Los presupuestos que aseguran el “valor epistémico” del sistema democrático incluyen: “la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación”⁶³. Algunos de estos prerequisites sirven de base para la protección judicial de ciertos derechos, a los que Nino llama “derechos *a priori*”, por cuanto que son condiciones o prerequisites de la validez del proceso democrático. Tales derechos tratan de garantizar la participación libre e igual en el proceso político, lo cual tiende a asegurar la imparcialidad de las decisiones públicas. “Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio firme de que responde a exigencias de imparcialidad”⁶⁴.

Ahora bien, Nino pretende situar su teoría constitucionalista a medio camino entre Habermas y John Rawls. Según Nino, Rawls es un autor clave para entender el constitucionalismo moderno, por cuanto que su teoría de la justicia trata de establecer los principios de moralidad social a partir de las condiciones formales que delimitan nuestro razonamiento moral — concibiendo, por tanto, la deliberación acerca de principios de justicia como un caso de justicia procedimental pura⁶⁵. Sin embargo, Rawls asume que tales condiciones corresponden únicamente a la reflexión individual. Los principios de justicia que se deducen de la “posición originaria” son aquellos que satisfacen “los presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo”, en particular el presupuesto según el cual “un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes”⁶⁶. Nino respalda la crítica de Habermas al individualismo epistémico de Rawls, “por suponer que el postulado de imparcialidad se satisface cuando la persona que formula los juicios morales asume en forma ficticia la posición de cada uno de los involucrados”. La teoría de la justicia de Rawls no estaría asumiendo, por tanto, que “la tarea de la argumentación moral”, en especial en el contexto

⁶² Nino (1997), 161.

⁶³ *Ibid.*, 192.

⁶⁴ Nino (1992), 204.

⁶⁵ Rawls (1971), 86.

⁶⁶ Nino (1997), 160-161.

de la justificación pública de la acción gubernamental, “no puede desarrollarse monológicamente, sino que requiere un esfuerzo cooperativo”⁶⁷. Este “elitismo moral”, según Nino, favorece la supremacía judicial en la interpretación de los requerimientos constitucionales, hasta el punto de convertir a los tribunales de justicia en los nuevos ‘reyes filósofos’⁶⁸.

Al mismo tiempo, Nino sostiene la necesidad de separarse de Habermas, al menos de aquellas afirmaciones en las que este autor parece vindicar un constructivismo no meramente epistemológico, sino directamente ontológico. Según esta posición, más radical, la validez de los principios morales (y no sólo el conocimiento de esa validez) “se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman”⁶⁹. Esta posición, dice Nino, tiende a adoptar “un convencionalismo conservador con respecto a los resultados de la discusión”⁷⁰, bajo el supuesto de que la discusión y decisión colectivas es el único método confiable para determinar soluciones correctas. Pero si la posición de Rawls conducía a un elitismo moral, la posición que por momentos adopta Habermas parece conducir a un “populismo moral”, en virtud del cual “una solución respaldada por todos o por la mayoría es automáticamente correcta”⁷¹. Para Nino, esta posición es tan rechazable como aquélla. El procedimiento de la discusión y decisión colectivas (como el que constituye el sistema democrático de toma de decisiones) es el método más confiable de aproximación a la verdad moral, pero no es el único. “Es posible que a través de la reflexión individual una persona pueda representarse a sí misma adecuadamente los conflictos de intereses y pueda llegar a una conclusión correcta e imparcial”. Y, si bien es “generalmente improbable” que soluciones correctas sean alcanzadas por reflexión individual, “la probabilidad [de que esto ocurra] se incrementa cuando se refiere a los presupuestos de la validez del proceso colectivo”⁷². Es decir, que cuando la cuestión moral a decidir tiene que ver con los requisitos que garantizan el valor epistémico (o, podríamos decir, la integridad) de la democracia, entonces es legítimo, según Nino, que las leyes democráticas sean revisadas por los jueces (o, en última instancia, sean

⁶⁷ *Ibíd.*, 158. Para una interpretación contraria, según la cual Rawls estaría ofreciendo su teoría de la justicia como una propuesta abierta a la discusión en la esfera pública de una democracia deliberativa, véase Gutmann (2013).

⁶⁸ Nino (1997), 164, haciendo referencia a la crítica que hace Walzer al liberalismo representado por Rawls en Walzer (1981).

⁶⁹ Nino (1997), 161.

⁷⁰ *Ibíd.*, 163.

⁷¹ *Ibíd.*, 165.

⁷² *Ibíd.*

el objeto de desobediencia civil). Más concretamente, el respeto que los jueces deben mostrar hacia las decisiones democráticamente establecidas tiene, en la teoría epistémica de la democracia de Nino, tres importantes excepciones: en primer lugar, cuando tales decisiones vulneran las reglas del proceso democrático que tratan de maximizar el valor epistémico de dicho proceso⁷³; en segundo lugar, cuando su objetivo es imponer un ideal de excelencia personal⁷⁴; y, en tercer lugar, cuando afectan negativamente a la continuidad de la “constitución histórica”, es decir, de la práctica social o convención en la que pueden operar con eficacia las decisiones democráticas⁷⁵.

b) Legislar e interpretar

Sin embargo, las teorías de Habermas y Nino no sirven para respaldar un modelo colaborativo de constitucionalismo. Al contrario, ambas teorías promueven una separación rígida de poderes, por la cual a los legisladores les corresponde la producción del Derecho y

⁷³ En este caso, el control judicial de constitucionalidad “debe estar siempre dirigido a ampliar el proceso democrático, requiriendo más participación, más libertad de las partes, más igualdad y más concentración en la justificación” *ibíd.*, 274. Como reconoce el propio Nino, bajo este supuesto “el alcance del control judicial de constitucionalidad sería bastante amplio, dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político”, *ibíd.*, 275.

⁷⁴ Obviamente, esta excepción a la deferencia judicial surge a partir de su relación con el valor epistémico de la democracia. Nino, al igual que Habermas, restringe el sistema democrático de toma de decisiones a la moralidad pública (intersubjetiva o social), mientras que concibe la adopción de ideales de excelencia personal (y de planes de vida basados en ellos) como parte de la moralidad privada (autorreferente o personal). La validez de los ideales personales no depende de la satisfacción del requerimiento de imparcialidad, sino que deriva de su libre adopción por parte de los individuos; no existe ninguna base epistémica que justifique la imposición de tales ideales mediante leyes democráticas. Por tanto, lo que descalifica una ley democrática perfeccionista no es el tipo de acción u omisión que trata de imponer, sino las razones que sirven de fundamento para su aprobación (es decir, la imposición de un ideal de excelencia humana). “El derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es, de este modo, parte de este grupo de derechos a priori que son condición de proceso democrático”, *ibíd.*, 280.

⁷⁵ Según Nino, “el constitucionalismo exige la obediencia de la constitución histórica, el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país”, *ibíd.*, 30. El argumento fundamental que aporta el autor para respaldar esta tesis es que la Constitución escrita es “la *convención* más básica que determina la vida colectiva de la sociedad [...] Una constitución [histórica] es relevante porque ella expresa una convención fundamental del país: un acuerdo en el tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo el poder coercitivo del Estado será distribuido y de los límites a aquel poder respecto de los individuos”, *ibíd.*, 47. Nino toma este argumento de Neil MacCormick, MacCormick (1993), 145, aunque reconoce que el carácter tradicional de la convención no supone, por sí mismo, un argumento a favor del contenido de la Constitución, independientemente de las demandas de la separación de poderes y el respeto de los derechos individuales. La relevancia del argumento de MacCormick tiene que ver, según Nino, con los prerrequisitos de una democracia “estable y operativa”, Nino (1997), 48. A mi juicio, sin embargo, el valor de la Constitución escrita depende de las características específicas de cada comunidad jurídica. El hecho de que la Constitución histórica no pueda reducirse a un mero texto o documento, sino que remite a una convención o práctica social, es lo que hace perfectamente plausible que una comunidad jurídica tenga una constitución no escrita. Como trataré de defender más adelante, la constitución escrita es una parte legítima y necesaria de la constitución histórica cuando no hay otro modo de garantizar la justificación en términos de razón pública de la acción gubernamental.

a los tribunales su aplicación. Para Habermas, la distinción entre la política deliberativa (en el contexto de la producción legislativa) y la aplicación del Derecho (en el contexto de la interpretación judicial) es central para un Estado de Derecho y para la separación de poderes. Los tribunales de justicia tienen que limitarse a ser, en la medida de lo posible, meros aplicadores del Derecho que se presume válido.

[L]a jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se *restringe* a la *aplicación* de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo⁷⁶.

Según esto, la justificación debe hacerse, hasta donde sea posible, antes de promulgar las leyes, de forma que los jueces puedan aplicar el Derecho tal y como lo encuentran en los códigos. En la teoría de Habermas, la revisión judicial de constitucionalidad no forma parte de las “condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes”, que “aseguran la legitimidad del derecho establecido”. Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho, el único control que cabe hacer a la legislación democrática es “en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas”⁷⁷. Cualquier intervención de los jueces que vaya más allá de garantizar la plena satisfacción de las condiciones procedimentales de la producción legislativa de normas, representará una injerencia ilegítima desde un punto de vista democrático.

De igual modo, en la concepción de Nino, “las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático” se circunscriben a las precondiciones de la producción legislativa de normas jurídicas. El control judicial de las leyes se debe ceñir a la satisfacción de los “derechos *a priori*”, es decir, de aquellos principios que garantizan “las precondiciones de la participación libre en el proceso democrático”⁷⁸. En el funcionamiento real de la democracia, en cambio, los jueces deben deferir a la interpretación de los legisladores a propósito del alcance de los principios que subyacen al resto de los derechos individuales. Con lo cual, Nino considera democráticamente ilegítimo el escrutinio judicial de las decisiones parlamentarias, una vez que se han satisfecho las precondiciones que aseguran el valor epistémico del proceso legislativo de producción de normas jurídicas.

⁷⁶ Habermas (1998), 334 (énfasis en el original).

⁷⁷ *Ibid.*, 337

⁷⁸ Nino (1997), 275.

Ahora bien, si seguimos la lógica del planteamiento de Nino, cuando el proceso político satisface las precondiciones de la democracia tendría que poder decidir en la determinación de todos los derechos, incluidos los *a priori*⁷⁹. Y, a la inversa, si suponemos que la intervención de los tribunales ayuda a satisfacer los presupuestos de la democracia, entonces los jueces deberían poder hablar con autoridad sobre las cuestiones controvertidas a propósito de los derechos *a posteriori*, es decir, sobre los resultados del proceso de producción legislativa. De hecho, Nino reconoce éste último punto cuando advierte del problema que produce en su planteamiento la “naturaleza abierta” de los derechos *a priori*⁸⁰. Los derechos sociales y económicos no son antagónicos a los derechos individuales ‘clásicos’, sino su “extensión natural”, por lo que resulta enormemente difícil detener la fuerza expansiva de los derechos judicialmente protegidos, “dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político”⁸¹. Una vez que se reconoce la necesidad de controlar judicialmente las precondiciones democráticas, es muy difícil mantener dicho control concentrado exclusivamente en garantizar cuestiones formales y proteger un reducido número de derechos sustantivos.

A mi modo de ver, el problema del planteamiento de Nino y Habermas no es sólo la imposibilidad de distinguir en abstracto entre las precondiciones de la democracia y su funcionamiento real, sino que dicha distinción presupone que la expansión en la garantía de los primeros supone un recorte en el “campo de acción” del procedimiento democrático⁸². Cuanto mayor sea la constitucionalización de un sistema jurídico democrático, mayor será el territorio controlable por los jueces y, por lo tanto, menor será “la cantidad de asuntos que podrán ser decididos por el proceso democrático”⁸³. En el planteamiento de Nino y Habermas parece existir un divorcio entre la racionalidad legislativa (propia del proceso democrático) y la racionalidad jurídica (propia de la función judicial), y mientras la primera responde al “constructivismo epistemológico”, la segunda obedece a un “elitismo epistemológico” que privilegia la reflexión individual por encima y al margen de la práctica social del discurso moral⁸⁴. De ahí la necesidad, según el punto de vista de ambos autores, de reservar la producción normativa al legislativo, reduciendo el campo de acción del control judicial a asegurar las precondiciones de una producción máximamente incluyente y

⁷⁹ Ferreres (1997), 172.

⁸⁰ Nino (1997), 192.

⁸¹ *Ibid.*, 275.

⁸² *Ibid.*, 192.

⁸³ *Ibid.*, 193.

⁸⁴ *Ibid.*, 160-161; (1992), 685.

participativa. Una vez que estas precondiciones se satisfacen razonablemente, los tribunales deben deferir su juicio al juicio colectivo expresado en la decisión democrática.

En un plano teórico general, sin embargo, la actividad judicial de interpretación trae consigo de manera indefectible *la producción judicial de legislación*, aunque ésta no posea el alcance y los efectos de la legislación parlamentaria. La interpretación jurídica no se ciñe a “descubrir” o “declarar” el significado contenido en las disposiciones legales⁸⁵. Existe un desacuerdo inevitable sobre el sentido de tales disposiciones y sobre cómo deberían interpretarse por los jueces; las disposiciones legales no ofrecen una solución concreta o una única respuesta correcta a la cuestión que el juez debe decidir. La interpretación judicial ha de acompañarse, por tanto, de una justificación cuyas razones provienen necesariamente, al menos en parte, de juicios valorativos no contenidos dentro de la legislación. Esta situación se hace aún más evidente cuando los jueces han de interpretar el Derecho válido bajo una carta de derechos, constitucional o no⁸⁶. En este sentido, Kavanagh habla del “rostro jánico de la interpretación jurídica”:

El hecho de que la interpretación de las disposiciones jurídicas implica combinar la aplicación del Derecho existente y el desarrollo de Derecho nuevo, enfatiza ‘el rostro jánico’ de la interpretación. De manera simultánea, la interpretación se orienta hacia atrás, tratando de elucidar la ley tal como es, y hacia adelante, tratando de desarrollarla y mejorarla. Por tanto, en la empresa interpretativa el juez debe interpretar las palabras de las disposiciones jurídicas [...], pero también deberá decidir si y cómo desarrollar la ley en direcciones ulteriores con el fin de decidir el caso en cuestión. La interpretación tiene al mismo tiempo aspectos aplicativos y creativos⁸⁷.

Según esto, no parece posible hacer ninguna distinción abstracta entre producir y aplicar (o interpretar) el Derecho. Lo cual no quiere decir que Habermas y Nino no estén apuntando a algo sumamente importante. El control de constitucionalidad debe hacerse desde “el punto de vista de la aplicación del Derecho”, puesto que, de otro modo, se corre el riesgo de que los tribunales revisores se conviertan en legisladores constitucionales,

⁸⁵ La indeterminación que caracteriza típicamente a la legislación ha sido puesta de relieve por numerosos autores, por ejemplo, Hart (1994), 252, 272-3; Raz (1979), 70-72; Endicott (1996), 669; Kavanagh (2004), 265-266. Riccardo Guastini ha señalado recientemente que la interpretación “por antonomasia” no sería aquella que se limita a constatar los posibles significados de un texto normativo (interpretación “cognitiva”), sino aquella que consiste en escoger un significado determinado, descartando los restantes, dentro del marco de significados posibles de dicho texto (interpretación “decisoria”), véase Guastini (2014), 45 y ss.

⁸⁶ Desde la experiencia neozelandesa, Rishworth ha puesto de relieve la inevitabilidad de la interpretación judicial ‘correctiva’ bajo una ley ordinaria ‘marco’ de derechos y libertades, Rishworth (2004).

⁸⁷ Kavanagh (2004), 32.

actuando de manera paternalista con el legislador democrático⁸⁸ (o, peor aún, como “una instancia autoritaria”)⁸⁹. Es precisamente este enfoque el que pone de relieve la necesidad de incluir, dentro de la metodología de la proporcionalidad, una doctrina sobre la deferencia debida de los tribunales revisores a los poderes electos. Esta doctrina supone que, junto a la evaluación sustantiva de proporcionalidad, los tribunales deben analizar los límites de su propia competencia y legitimidad *en el contexto de cada caso* de que conocen.

Según la legalidad como razón pública, una democracia deliberativa tiene por objeto institucionalizar una cultura de la justificación⁹⁰. En esta clase de cultura jurídica, el foro judicial forma parte consustancial de la deliberación colectiva que produce y modifica las leyes⁹¹. Esta deliberación comienza en la esfera pública ‘débil’ del debate público general, para pasar luego a la esfera pública ‘fuerte’ de los partidos políticos y el parlamento. Una vez promulgada, la legislación se concreta a través de un debate racional ulterior, que acontece en sede judicial (y en los tribunales cuasi-judiciales de la administración), donde la legislación debe mantenerse contantemente abierta a la experiencia pública. Es a esta deliberación en el foro judicial (y administrativo) a la que cabe llamar “la segunda parte de la democracia deliberativa”. En esta segunda etapa, las decisiones democráticas, que tienen el respaldo de la mayoría, pueden alcanzar virtualmente el respaldo de todos los afectados por ellas. No porque todos efectivamente las acepten, sino porque a través de la revisión judicial pueden recibir una justificación en términos que cabe esperar razonablemente que acepten incluso aquellos que no están de acuerdo con ellas⁹².

Desde este enfoque, el ‘constructivismo epistemológico’ no termina en la producción legislativa de las normas jurídicas, sino que se extiende al momento de su aplicación judicial. Para la legalidad como razón pública, la intervención judicial en el proceso político promueve fundamentalmente uno de los prerequisites democráticos que señala Nino: “*la orientación de la comunicación hacia la justificación*”. Tanto Habermas como Nino creen que los rasgos institucionales de los tribunales sólo les faculta para mantener las condiciones

⁸⁸ Habermas (1998), 339.

⁸⁹ *Ibid.*, 332.

⁹⁰ “La noción de democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática cuyos términos y condiciones se justifican a través de la argumentación pública y el razonamiento entre ciudadanos iguales. Los ciudadanos de dicho orden comparten un compromiso con la resolución de problemas de decisión colectiva a través del razonamiento público, y consideran sus instituciones legítimas en tanto que sirven de marco para una deliberación pública libre”, Popelier y Patiño (2013), 199. En este sentido, cabe citar el conocido artículo de Joshua Cohen, Cohen (1989), 17-21.

⁹¹ Para una concepción de la revisión de constitucionalidad como una herramienta que trata de garantizar los requerimientos procesales establecidos por la democracia deliberativa, véase Zurn (2007), 221-252, Van Hoecke (2013), 183-197, Popelier y Patiño Álvarez (2013), 199-231.

⁹² *Ibid.*, 168.

de máxima inclusión participativa en la producción del Derecho; sin embargo, no parecen tener en cuenta suficientemente la contribución que pueden hacer los tribunales a la calidad deliberativa de la democracia.

En este sentido, cabe decir, en primer lugar, que los tribunales son, en sí mismos, foros deliberativos. Como explica Fuller, la adjudicación judicial (o administrativa) es una forma de ordenación social basada en la reciprocidad, que confiere a las partes afectadas una forma peculiar de participación en las decisiones, consistente en la presentación de pruebas y de argumentos racionales a favor de una determinada decisión⁹³. La labor de los jueces no está centrada en la elaboración de una respuesta correcta a partir de alguna teoría de la justicia, sino en la tarea de evaluar las razones de las partes, haciendo preguntas y valorando la coherencia de las respuestas. “Sólo tras este debate judicial puede el tribunal dictar sentencia, la cual deberá responder a los argumentos que se hayan aportado”⁹⁴. En este sentido, Owen Fiss ha señalado que el proceso judicial fuerza a los jueces a ser, en la medida de lo posible, objetivos en sus razones (no pueden invocar sus preferencias o creencias personales, ni las de los ciudadanos, sobre lo que consideran correcto o justo) e independientes en sus decisiones (tanto de las partes del proceso judicial, como de los partidos del proceso político)⁹⁵.

Además, este examen de las razones de otros se lleva a cabo en un proceso público que conduce a una sentencia pública, aunque la independencia judicial lo aisle del proceso político ordinario⁹⁶. El razonamiento judicial no se ciñe, por tanto, a las características de una reflexión individual aislada de la práctica social del discurso moral. Al contrario, los tribunales pueden contribuir a la expansión de la democracia deliberativa, no sólo porque ellos mismos son foros deliberativos, sino también porque pueden orientar a las instituciones políticas hacia una toma de decisiones que no se base exclusivamente en la negociación de intereses. Cuando los jueces revisan la constitucionalidad de las leyes, lo que hacen es exigir a las autoridades públicas que se impliquen en la justificación de sus decisiones, una vez que el recurrente ha alegado (y ha podido probar) la violación de alguno de sus derechos básicos. “Exigiendo a los agentes decisores exponer y argumentar sus razones, con pruebas cuando resulte apropiado, los tribunales pueden constituir un incentivo para que dichos agentes

⁹³ Fuller (1978), 364.

⁹⁴ Ferreres (1997), 174.

⁹⁵ Más concretamente, Fiss pone de manifiesto que los jueces sólo pueden decidir después de haber participado en un ‘diálogo’ que se caracteriza por las siguientes notas: no pueden controlar los asuntos que han de afrontar, no está completamente en su poder elegir a quiénes deben escuchar (permitiendo así la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria), están obligados a responder y deben justificar sus decisiones, Fiss (1979) 13-14.

⁹⁶ Kumm (2010), 155.

tomen decisiones de un modo deliberativo incluso fuera de la sala del tribunal”⁹⁷. Las decisiones públicas que afectan a los intereses fundamentales de las personas deben tomarse de un modo deliberativo (basándose en principios), y los primeros responsables de que esto sea así son los poderes electos. Sin embargo, no es plausible asumir que dichos poderes enfocarán todas las cuestiones constitucionales como un desacuerdo de buena fe sobre el significado de los derechos. Los tribunales pueden, en este sentido, hacer una contribución decisiva a la democracia al insistir a los decisores principales que justifiquen deliberativamente su interpretación o limitación de los derechos, especialmente cuando se trata de los derechos de aquellos grupos que carecen de poder político para influir en las decisiones públicas. De ahí que pueda decirse que la revisión judicial, lejos de suponer una restricción a los procesos democráticos de producción normativa, puede actuar como su facilitación.

En una cultura de la justificación no hay una diferencia significativa entre la racionalidad legislativa y la racionalidad judicial. Al contrario, los legisladores y los jueces forman la misma comunidad de intérpretes de la Constitución, aunque cada uno desde su propia competencia y capacidad relativas. Esto significa que, aunque la lógica de la proporcionalidad se considera en esta cultura como el prototipo de la razón pública, los legisladores no tienen por qué aplicar dicha metodología tal y como la aplican los tribunales revisores. De este modo, la expansión creciente de los derechos *a priori*, que llega a alcanzar virtualmente a todos los rincones del sistema jurídico, puede convivir con un amplio campo de acción para el legislativo democrático. Aunque a los jueces se les reconoce autoridad para determinar el significado o ‘alcance’ de los derechos, el legislativo y el ejecutivo tienen la capacidad para limitar justificadamente la ‘extensión’ o realización efectiva de los derechos al perseguir sus propias políticas, por lo que mantienen la iniciativa para definir cuáles deben considerarse las limitaciones razonablemente proporcionadas de los derechos.

⁹⁷ Fredman (2015), 452. A este respecto, Mark Van Hoecke habla de hasta cinco “círculos de comunicación deliberativa” que, en orden creciente, se configuran a partir de la intervención de los tribunales en el proceso de razonamiento sobre la acción pública. Después de los dos primeros círculos formados por los tribunales de primera y segunda instancia junto con las partes del caso en cuestión, el tercer círculo comunicativo comprende los comentarios y críticas de la doctrina respecto a las decisiones judiciales. A continuación, los círculos cuarto y quinto caen fuera del contexto técnico-jurídico, es decir, alcanzan el foro público no especializado (en concreto, los medios de comunicación y la sociedad en general, respectivamente), Van Hoecke (2013), 190-191. Según el autor, estos círculos deliberativos añaden legitimación al Derecho producido por los poderes representativos. “La forma en que opera la práctica jurídica, como una comunidad deliberativa permanente a través de la cual se proponen, discuten, elaboran y, finalmente, aceptan nuevos conceptos, reglas, principios, interpretaciones y teorías jurídicas, muestra que dicha práctica también ofrece, cualitativamente, un *valor añadido*, en contraste con la producción legislativa a través de delegación, la cual (sólo) está formalmente legitimada”, *ibíd.*, 192.

Es obvio que los derechos fundamentales estarán constantemente presentes en la legislación de materias que implican asuntos de política socioeconómica, y los tribunales tendrán que identificar qué tipo de decisiones sobre estas materias son apropiadas a su propia competencia, capacidad y legitimidad, y cuáles están más allá de su competencia. Lo cual nos conduce de nuevo a las difíciles cuestiones de la deferencia debida, a las que volveremos en el último capítulo de este trabajo. Lo que me interesa poner de relieve en este momento es que los tribunales están extraordinariamente bien situados para promover la resolución basada en principios de las cuestiones socioeconómicas. Como señala Rosalind Dixon, los tribunales tienen la responsabilidad de exigir la eliminación de “los puntos ciegos y las cargas de inercia” en el proceso de creación y aplicación de las leyes⁹⁸. La naturaleza concreta y *a posteriori* de la función jurisdiccional, así como la naturaleza coercitiva de los poderes resolutivos de los tribunales, permite a los jueces contrarrestar “los puntos ciegos de la aplicación” (es decir, la incertidumbre del legislador sobre los efectos de sus disposiciones sobre los derechos fundamentales). Mientras tanto, la visibilidad de los procedimientos y decisiones judiciales ayuda a aquellas personas cuyos derechos no están representados adecuadamente en el parlamento, permitiendo así contrarrestar “los puntos ciegos” en la creación del Derecho. De igual manera, las diferentes reparaciones judiciales (como la interpretación ‘correctiva’ de las leyes y la declaración de incompatibilidad), junto con la publicidad y autoridad de sus decisiones, da los jueces la capacidad para contrarrestar la inercia legislativa, tanto directa como indirectamente.

c) Legalidad y calidad moral

La teoría de la legalidad como razón pública rechaza la idea de que el Derecho se aplica a sus destinatarios mediante la transmisión de un contenido que se presupone válido y que debe obedecerse bajo la amenaza de sanciones. En términos de Fuller, frente a una concepción “gerencial” del Derecho como “una proyección unidireccional de autoridad, procedente del gobierno y que se impone a los ciudadanos”, la legalidad como razón pública concibe la autoridad del Derecho como el “producto de una interacción de orientaciones propositivas entre los ciudadanos y el gobierno”⁹⁹. En este sentido, los principios inherentes al orden jurídico aseguran un marco de justificación que filtra las normas jurídicas según su contenido moral. Las normas jurídicas que sus destinatarios consideran injustas no son

⁹⁸ Dixon (2007), 402-406.

⁹⁹ Fuller (1969), 204.

consideradas por ellos como normas en sentido estricto (es decir, como prescripciones potencialmente legítimas para ordenar sus vidas), sino como meras órdenes respaldadas por la fuerza coactiva del Estado. No lograrán por tanto ser normas jurídicas en aspectos significativos.

Herbert Hart y Dworkin coincidieron en criticar esta visión moral de la legalidad¹⁰⁰. En concreto, Dworkin argumentó que, si los tiranos no querían gobernar mediante el Derecho, no es porque hubiese una moralidad interna al Derecho que desearan evitar, sino porque temían la publicidad¹⁰¹. Pero la publicidad es una idea mucho más poderosa que la mera exposición al público. Como señala Dyzenhaus, la publicidad es la cualidad de ser comunicable a una audiencia general, es decir, de satisfacer los presupuestos que permiten ser interpretable por el público en general. Para que una comunicación sea propiamente pública “no sólo tiene que tener los rasgos de publicidad que lo hacen reconocible como Derecho, sino que su contenido debe ser entendible o interpretable por el público al que va dirigido”.¹⁰² En este sentido, el principio de publicidad requiere “la satisfacción de un umbral de interpretabilidad *general*”. El contenido de la ley debe ser comprensible e interpretable por el público al que se dirige.

Los procedimientos por los que el Derecho llega a ser público no están divorciados del contenido de las leyes particulares. El principio de publicidad exige que el legislativo sea genuinamente responsable ante el público, para lo cual deberá tomar en consideración las diferentes perspectivas de todos los posibles afectados por su legislación a la hora de producir cualquiera de sus leyes. Lo cual no significa, por supuesto, que todos acepten el contenido de las leyes de acuerdo con su particular concepción de la justicia. Sin embargo, todos podrán considerar que dicho contenido está justificado en la medida en que es el producto de la deliberación pública, y que su contenido está sujeto a ulterior deliberación a la luz de la experiencia.

Dicha ulterior deliberación tiene que ver con la revisión judicial. Como dijimos más arriba, la democracia deliberativa tiene una segunda parte donde los tribunales juegan un papel decisivo. Dado que las leyes han de alcanzar el nivel de generalidad necesario en la etapa legislativa, tendrán luego que concretarse para encontrar las prácticas que pretenden regular. Este proceso de concreción, que acontece en la judicatura y la administración, incluye la elaboración y la interpretación del Derecho. Y aquí también debe asegurarse la

¹⁰⁰ Para un estudio exhaustivo de las críticas de Hart y Dworkin a la moralidad interna del Derecho de Fuller, véase Escudero (2000), 345-359.

¹⁰¹ Dworkin (1965), 672.

¹⁰² Dyzenhaus (1996), 173-174.

responsabilidad ante el público, mediante los recursos jurídicos ante los tribunales ordinarios y los órganos cuasi-judiciales del sistema administrativo que permiten impugnar públicamente la aplicación e interpretación del Derecho. Los ciudadanos no pueden llegar a ser los autores del Derecho al que están sujetos confiando únicamente en los mecanismos de la democracia parlamentaria¹⁰³.

En este tipo de cultura de la legalidad, la moral sigue siendo un tribunal para el Derecho, pero no como un conjunto de valores que actúa como una prueba externa al proceso de creación y aplicación de las leyes. Para la legalidad como razón pública, la prueba moral es simplemente que el contenido del Derecho esté siempre sujeto a deliberación. “La prueba es interna al Derecho”¹⁰⁴.

A mi juicio, sólo cabe rechazar esta forma de concebir la conexión necesaria entre la moral y el Derecho si partimos de una concepción formal o instrumental, moralmente neutral, de la legalidad. Para ver este punto, podemos valernos de la obra de Postema, quien defiende unos principios similares a los de Fuller (en concreto, los principios de publicidad, inteligibilidad y congruencia)¹⁰⁵, pero desde una concepción hartiana del Derecho (es decir, como una guía normativa del comportamiento humano). Como consecuencia, a pesar de sostener una concepción del Derecho muy semejante a la teoría de la legalidad como razón pública, Postema no cree que los principios de la legalidad repercutan necesariamente en la calidad moral del contenido de las normas jurídicas.

La descripción que hace Postema de los principios de la legalidad puede resumirse del siguiente modo. En primer lugar, para suministrar una guía normativa a agentes racionales y autónomos, las disposiciones jurídicas deben ser públicamente reconocibles e interpretables. Esta necesidad de un público entendimiento y apreciación pone a los poderes del Estado y los ciudadanos en una relación de reciprocidad o interdependencia. En segundo lugar, las normas jurídicas deben ser inteligibles para aquéllos a quienes pretenden guiar. Por ello, la determinación por parte del agente de lo que requiere específicamente una norma, no puede separarse enteramente de la valoración del agente acerca de las razones por las que debe seguir dicha norma, es decir, lo que se supone que se busca o desea conseguir con su acatamiento. En tercer lugar, debe haber congruencia entre las normas promulgadas formalmente y las acciones de las autoridades que tratan de aplicarlas y hacerlas cumplir. Además, puesto que el Derecho pretende guiar la acción a través de normas públicas, éstas

¹⁰³ *Ibid.*, 175.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 176.

¹⁰⁵ Postema (2010a).

deben ser inteligibles en común para sus destinatarios. Esta inteligibilidad común exige que las normas se correspondan con las normas y prácticas informales que estructuran la vida pública de la comunidad (“la infraestructura de las relaciones sociales”)¹⁰⁶.

Según Postema, aunque todos estos principios se deducen de los supuestos que maneja Hart en su teoría jurídica sobre la forma en que opera el Derecho, tales supuestos conducen, si se entienden adecuadamente, a una teoría del Derecho y de la argumentación jurídica que nada tiene que ver con el positivismo jurídico hartiano (al que el autor denomina “positivismo del significado establecido”).¹⁰⁷ Por el contrario, Postema afirma que una concepción del Derecho como guía normativa del comportamiento humano responde a los rasgos que caracterizan la teoría jurídica del *common law*, donde el Derecho se concibe como una “*una disciplina de razonamiento práctico público* que ofrece un marco y un foro para la exploración crítica así como para la determinación autoritativa de normas públicas”¹⁰⁸. En este sentido, en consonancia con la legalidad como razón pública, Postema describe el imperio de la ley como un proyecto común en el que todos los poderes del Estado, junto con los ciudadanos, se someten al Derecho como una práctica disciplinada de razón pública. El imperio de la ley implica un “*ethos of accountability*” (una especie de ‘cultura de la transparencia’), donde los que ejercen el poder por medio del Derecho se someten a él, asumiéndolo como una restricción¹⁰⁹. El gobierno del Derecho implica “reflexividad”, la cual sólo es posible exigiendo a los que ejercen el poder que den cuenta públicamente de sus decisiones de acuerdo con los estándares establecidos por el Derecho.

Postema, por tanto, conecta el ideal del imperio de la ley con la teoría jurídica del *common law*, pero derivando los principios de la legalidad a partir de una concepción hartiana de la naturaleza del Derecho. Esto último lo conduce a afirmar dos tesis contrarias a la legalidad como razón pública: el carácter instrumental de los principios de la legalidad y la separación de la moral y el Derecho.

Para Postema, el imperio de la ley no es necesariamente un bien social significativo¹¹⁰. El valor del gobierno del Derecho radica en ofrecer una restricción fiable al ejercicio arbitrario del poder, pero dicho valor está condicionado a que las leyes satisfagan ciertas condiciones mínimas de justicia o decencia. No obstante, añade Postema, no deberíamos pensar que estas condiciones han de ser demasiado robustas, puesto que el valor

¹⁰⁶ Ibid., 271-273; (2012), 91-93.

¹⁰⁷ Ibid., 260.

¹⁰⁸ Ibid., 271 (énfasis añadido).

¹⁰⁹ Postema (2010b), 1857.

¹¹⁰ Ibid., 1864-1865.

del gobierno del Derecho “no reside en garantizar la justicia, sino en una razonable confianza en que todo ejercicio del poder colectivo estará sujeto a un rendimiento de cuentas totalmente público”¹¹¹. Ahora bien, aun cuando las normas públicas cumplieran esas condiciones mínimas de justicia, podría ocurrir que sus protecciones y beneficios no se extendieran a todos los miembros de la comunidad (como por ejemplo en el sistema jurídico sudafricano del *apartheid* con respecto a los ciudadanos no-blancos). En tal caso, afirma Postema, podríamos decir con Fuller que el principio de publicidad tiene valor moral, puesto que exige al gobierno anunciar y ejecutar abiertamente sus medidas opresivas y discriminatorias; sin embargo, para que esto tenga algún efecto de presión que obligue al gobierno a moderar su brutalidad sería necesaria, según Postema, la concurrencia de dos supuestos empíricos: que al público le importe lo suficiente la suerte de los oprimidos, y que los que están en el poder condicionen su comportamiento a lo que pueden presentar como legítimo a los ojos del público. En definitiva, se debe contar con un “*ethos de la transparencia*”, es decir, una cultura de la legalidad que institucionalice el rendimiento público de cuentas.

Por tanto, según Postema, los principios del imperio de la Ley son un bien social significativo sólo cuando las leyes satisfacen un mínimo nivel de justicia o decencia moral, y cuando existe una cultura de la legalidad que pone en práctica un sistema de rendimiento público de cuentas. En el fondo de esta posición late el mismo temor que manifestaron Hart y Dworkin al considerar los principios de la legalidad de Fuller: el Derecho puede ponerse al servicio de la injusticia y la opresión, “los fines malos pueden tener tanta coherencia y lógica interna como los buenos”¹¹². En este sentido, Postema parece defender una concepción instrumental del Derecho, en el que los principios de la legalidad no dejan de ser principios de eficiencia.

En mi opinión, Postema acierta al señalar que los principios de la legalidad conducen a la teoría jurídica del *common law*, pero esta teoría jurídica no sólo se opone, como afirma el autor, al positivismo del significado establecido, sino que también rechaza cualquier descripción del Derecho en la que la tarea de las leyes se reduce a la mera transmisión de un contenido ya establecido. De ahí que el Derecho positivo deba conformarse a la legalidad en un sentido mucho más sustantivo de lo que Postema reconoce. Su lista de principios no se explica adecuadamente desde una visión del Derecho como mero instrumento del poder político. Lo cual trae consigo una importante consecuencia respecto a la responsabilidad

¹¹¹ *Ibíd.*, 1864

¹¹² Fuller (1957), 636.

legal y moral de los jueces: ante una ley o decisión administrativa que parezca problemática, el juez debe preferir la interpretación más compatible con la legalidad, y, si esto no es posible, declarar formalmente dicha incongruencia. La eficacia de esta medida dependerá, por supuesto, de que dicha declaración no caiga en oídos sordos, es decir, de que la presión del público obligue al gobierno a cambiar su legislación. Pero la obligación del juez no depende de ninguna circunstancia contingente; surge necesariamente de los principios constitutivos de cualquier sistema jurídico.

Creo que Fuller tiene razón cuando afirma, desde la teoría jurídica del *common law*, que existe una conexión necesaria entre los principios de la legalidad y la calidad moral del contenido de las leyes. A pesar de tener un origen convencional, los estándares y principios racionales del *common law* no son arbitrarios. Su incorporación al Derecho responde a un aprendizaje social acerca de lo que significa vivir bajo el gobierno de normas jurídicas. Como señala Dyzenhaus, los estándares del *common law* “son el producto coherente de un proceso de razonamiento llevado a cabo por abogados y jueces a lo largo del tiempo, y la expresión de ciertos valores y concepciones de razonabilidad y bien común que todos comparten”.¹¹³ Desde la teoría jurídica del *common law*, por tanto, el Derecho contiene los criterios apropiados para medir públicamente la razonabilidad de las acciones. En palabras de Brian Simpson, “en la jurisprudencia *common law* no hay una diferencia muy clara entre decir que una determinada solución a un problema es conforme a Derecho, y decir que es la solución racional, equitativa o justa”¹¹⁴.

Sin embargo, Postema cree necesario mantener el lema positivista de Austin, según el cual “la existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito otra”. Este famoso *dictum* significa, según Postema, que “las leyes no son necesaria o automáticamente (por el mero hecho de ser leyes) justas o justificadas”¹¹⁵. Podemos criticar las leyes por motivos morales sin desafiar o poner en duda su validez o autoridad como leyes. En mi opinión, sin embargo, esta posición merecería ser matizada si atendemos a los planteamientos teóricos del propio Postema.

En efecto, si la legalidad garantiza la integridad política o, en palabras del autor, la coherencia sistemática global de las normas jurídicas, entonces no es posible separar la validez jurídica (en el sentido de ‘pertenencia al sistema jurídico’) de su justicia o justificación. La ‘integridad’ no es sino la forma de encontrar criterios comunes de acción

¹¹³ Dyzenhaus (2010), 5.

¹¹⁴ Simpson (1973), 79.

¹¹⁵ Postema (1998), 352.

colectiva en las ‘circunstancias de la política’. Como afirma Waldron, en tales circunstancias la integridad nunca puede enfrentarse o ser incompatible con la justicia, puesto que implica la búsqueda de ésta “desde un punto de vista oblicuo”¹¹⁶—desde el punto de vista de la necesidad de encontrar coherencia entre las distintas concepciones de la justicia que coexisten dentro de un determinado sistema jurídico. Por tanto, si se entiende la justicia en términos de integridad, no puede desligarse la validez jurídica de la justicia. En las circunstancias de la política, el compromiso con el imperio de la Ley implica necesariamente considerar la validez jurídica como un aspecto de nuestro sentido la justicia. Dicho de otro modo, el gobierno por medio del Derecho (*rule by law*) requiere necesariamente el gobierno del Derecho (*rule of law*). La separación de validez jurídica y justificación que pretende mantener Postema se basa en una petición de principio. Presupone que la existencia y el contenido de las normas jurídicas se pueden determinar por criterios meramente empíricos, pero eso es justamente lo que discuten los autores que defienden una teoría del Derecho a partir de la tradición del *common law*. Si hacemos del imperio de la ley una cultura de la argumentación, como hace Postema, lo más coherente, en mi opinión, es abandonar toda tentación instrumentalista y sostener una lectura moral de la legalidad, según la cual ésta garantiza siempre, hasta cierto punto, la calidad moral del contenido de las normas jurídicas.

C. Un constitucionalismo *common law*

La idea de que la prueba de moralidad de cualquier sistema jurídico es interna al Derecho ocupa un lugar central en la tradición del *common law*. Según la teoría de la legalidad como razón pública, el modelo colaborativo continúa en muchos sentidos esta tradición, aunque también significa la modificación de algunos de sus elementos clave. Con objeto de mostrar esa continuidad y transformación, nos fijaremos en cuatro de esos elementos: primero, el estilo *common law* de razonamiento jurídico/judicial; segundo, la participación del legislativo y el gobierno en la determinación del Derecho; tercero, la concepción de los valores y principios constitucionales; y, por último, la *judicial review* de la acción gubernamental. En cada uno de estos elementos, trataremos de reconocer en qué sentidos el modelo colaborativo representa una continuidad y una evolución del constitucionalismo que lo precede.

¹¹⁶ Waldron (1999), 198.

a) El estilo *common law* de razonamiento

En primer lugar, la cultura de la justificación que trata de promover el modelo colaborativo equivale a lo que Dyzenhaus ha denominado el “espacio conceptual”¹¹⁷ propio de la tradición del *common law*. En este tipo de cultura de la legalidad, las leyes y decisiones ejecutivas y administrativas no basan su carácter obligatorio en el hecho de que proceden del poder o funcionario que tiene autoridad para producirlas. Antes bien, una decisión tiene autoridad si y sólo si es conforme a la razón, o, en otras palabras, es razonable. Pues bien, aunque en los sistemas jurídicos del *common law* no ha existido tradicionalmente la obligación legal de justificar las decisiones administrativas o judiciales, lo cierto es que la propia naturaleza de dicha tradición jurídica exige dicha obligación¹¹⁸. El modelo colaborativo saca a la luz esa exigencia y la extiende a todos los poderes públicos.

La tradición del *common law* es, primordialmente, un ‘espacio conceptual’ en el que es posible un determinado estilo de razonamiento judicial. En dicha tradición, los principios y valores del *rule of law* sirven de contexto interpretativo del contenido de las leyes y decisiones administrativas. Los jueces y abogados suponen que el Derecho (el conjunto de leyes y precedentes judiciales de su comunidad política) es “un repositorio inagotable de razones jurídicas”¹¹⁹. En la medida en que siguen el razonamiento correcto (buscando la razón del Derecho), los jueces son capaces de resolver cualquier problema de interpretación averiguando qué exige la mejor interpretación de los materiales jurídicos relevantes. En este tipo de razonamiento, la respuesta está plenamente determinada por el Derecho y la razón, en el sentido de que el juez busca la solución al caso concreto que se le presenta mediante una compleja interacción entre su idea, o ideal, del Derecho, y el material jurídico positivo relevante para el caso en cuestión. Las teorías de la adjudicación de Fuller y Dworkin son el tipo de teorías que explican el estilo *common law* de razonamiento desde la perspectiva del operador jurídico¹²⁰. Este espacio conceptual se reproduce en todo sistema jurídico que incluye, legislativa o constitucionalmente, una declaración formal de derechos

¹¹⁷ Dyzenhaus (2010), 198ss.

¹¹⁸ Dyzenhaus y Taggart (2007). Los autores afirman que es la aprobación de las declaraciones de derechos humanos en Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y Australia lo que establece la obligación legal de razonar las decisiones en los sistemas jurídicos *common law*, si bien la propia naturaleza de tales sistemas jurídicos “empujaba” hacia ese resultado.

¹¹⁹ Dyzenhaus (2010), 199.

¹²⁰ Fuller (1968), 19; Dworkin (1986), cap. 7.

fundamentales. Sólo desde este espacio conceptual es posible dar cuenta del tipo de razonamiento que se exige a los jueces cuando tienen que resolver casos difíciles.

En la tradición del *common law*, el Derecho es la expresión de la razón, pero no de la razón individual ‘natural’, sino de una razón colectiva ‘artificial’. Dicha razón “se elabora a partir del *stock* público de aquellos valores morales que son fundamentales para una sociedad y se consideran por tanto como parte de su ley constitucional”¹²¹. Por lo tanto, la tradición del *common law*, en principio, rechaza una concepción de la autoridad basada en el mandato o decreto, o, como mínimo, reniega del mandato como la única o la principal explicación de la autoridad del Derecho. En su lugar, parte de una concepción de la autoridad basada en la justificación. En este sentido, “el *common law* exhibe [...] la fuerza de la justificación, entendiendo por tal la idea de que el poder público se considera autoritativo si y sólo si justifica su ejercicio a aquellos a quienes afecta”¹²².

La razón del Derecho es ‘artificial’ porque se restringe únicamente al material jurídico existente. Se concibe, pues, como una razón práctica inmanente a ese material ya dado, que permite a los jueces sostener conclusiones acerca de lo que el Derecho requiere moral y legalmente. Dicha moralidad no proviene de una fuente extrínseca al Derecho. Al contrario, se trata de una moralidad que emerge a través de los jueces razonando al estilo *common law*, es decir, trayendo a la superficie los principios inmanentes al Derecho. Lo cual presupone una relación entre la moral y el Derecho que se opone frontalmente a la tesis de la separación del positivismo jurídico contemporáneo. Para la tradición *common law*, igual que para Fuller y Dworkin, no existen dos reinos, el del Derecho y el de la moralidad, entre los que haya que establecer una relación. Al contrario, allí donde haya un genuino sistema jurídico, el Derecho de ese sistema tendrá siempre una cierta calidad moral, puesto que no puede ser tal sin satisfacer los principios morales inherentes al Derecho. “La tradición del *common law* no sólo afirma que el Derecho es razón, sino también que la razón del Derecho es moralmente buena”¹²³.

La razón artificial del Derecho no es, como afirman los positivistas, una “ficción infantil”¹²⁴ que trata de disimular la producción judicial de normas jurídicas. Según Hart, los jueces en los casos difíciles ejercen una discrecionalidad fuerte, por lo que es preferible entender el papel judicial como cuasi-legislativo, puesto que así podremos pedir cuentas a los jueces cuando tomen decisiones que, en última instancia, reflejan su sentido personal de

¹²¹ Dyzenhaus y Taggart (2007), 152.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid, 134.

¹²⁴ Hart (1983), 66, siguiendo a John Austin.

lo correcto e incorrecto, en lugar de su interpretación del Derecho¹²⁵. Pero esta forma de entender el papel judicial no se corresponde con el modo en que los propios jueces conciben su actividad dentro de la práctica del *common law*. Si tratamos de explicar la forma de operar del juez del *common law* siendo fieles a su punto de vista interno de participante, debemos asumir que las respuestas a las cuestiones jurídicas se determinan plenamente por el Derecho. El juez no sólo está comprometido con una concepción justificativa de la autoridad, sino también con el imperio de la Ley, por lo que siempre deberá ofrecer razones jurídicas para justificar sus decisiones.

Es cierto que el estilo *common law* de argumentación jurídica se basa en una ficción, pero por ello no debería ser despreciado como una fábula pueril. A menudo las ficciones son necesarias para mantener una práctica. Son supuestos que los participantes deben adoptar para hacer que la práctica funcione. En el caso de la tradición *common law*, el estilo de adjudicación es un “supuesto regulativo” de la práctica judicial. “Los jueces que lo adoptan deben mostrar que todas las razones que figuran en su argumento sobre lo que requiere el Derecho son razones jurídicas, y que el argumento es el más atractivo de los que pueden deducirse de tales razones”¹²⁶.

b) El papel cooperativo de los poderes electos

El estilo *common law* de razonamiento supone una idea de la relación entre las autoridades legislativa y judicial en la que ambas participan en la realización de la razón del Derecho como un proyecto común. No hay rivalidad, ni competencia por la soberanía, dado que la tarea de ejercer la autoridad se concibe como una empresa común. En este apartado argumentaré que la relación de los jueces con los legisladores en el modelo colaborativo no difiere en lo esencial de la relación que han mantenido ambos poderes en la tradición del *common law*. Aunque en dicha tradición la interpretación del Derecho era en principio tarea

¹²⁵ *Ibíd.*, 66-72.

¹²⁶ Dyzenhaus (2010), 202. Por supuesto, la práctica misma puede considerarse perniciosa, pero entonces se debe condenar la práctica, no la ficción que lo sostiene. Hart, sin embargo, no puede rechazar la práctica del *common law*, puesto que esto exigiría argumentar sobre bases políticas en contra de la producción judicial del Derecho. Esta crítica ‘política’ al *common law* es la que llevó a cabo Jeremy Bentham: combatir el espacio conceptual que trae consigo la tradición del *common law* para reemplazarlo por un sistema codificado de reglas, véase Postema (1986). Hart insistió en que se debe tener en cuenta que los operadores jurídicos tienen un punto de vista interno acerca de por qué deben aplicar las normas –es decir, ellos no están motivados en absoluto a obedecer las órdenes por el miedo a las sanciones. No obstante, aunque en la concepción hartiana los jueces no pueden entender el Derecho de acuerdo con una concepción de la autoridad basada en el mandato, sin embargo, la distinción que hace Hart entre el ser y el deber ser del Derecho relega la mayor parte de lo que hacen los jueces en los casos difíciles al reino de lo extrajurídico.

exclusiva de los jueces, el mecanismo *common law* de protección de derechos suponía el papel cooperativo de las instituciones políticas. El modelo colaborativo actual refuerza esa cooperación exigiendo a los jueces que interpreten las leyes de modo que resulten consistentes con los derechos protegidos, y permitiendo a los legisladores responder a las decisiones del tribunal supremo mediante legislación ordinaria. Como veremos al final de este apartado, la transformación más importante del modelo colaborativo respecto a la tradición *common law* ha sido obligar a los jueces a superar su habitual sumisión al principio de soberanía parlamentaria.

Tradicionalmente, los jueces de los sistemas jurídicos *common law* podían revisar la legalidad de las disposiciones de Derecho penal y Derecho administrativo, garantizando unos principios de equidad y una serie de derechos “no escritos”. De este modo, mediante las ‘presunciones *common law*’, los jueces llamaban la atención del legislador y del gobierno respecto a la importancia de ciertos valores que de otro modo podían ser ignorados por las leyes o los actos administrativos. Uno de los ejemplos más conocidos era la presunción de que, en ausencia de una expresa declaración en contrario, el parlamento no pretendía imponer una responsabilidad criminal retrospectiva. John Willis llegó a hablar de “*a common law Bill of Rights*”¹²⁷. No obstante, los tribunales no tenían necesariamente la última palabra. Las decisiones judiciales podían ser revisadas o rechazadas por el legislativo, mediante el ejercicio normal de su actividad normativa, en aquellos casos donde éste estaba dispuesto a desplazar claramente las normas producidas por los jueces. Si los jueces aplicaban una ‘presunción *common law*’ de un modo que la sociedad consideraba errónea o inaceptable, la respuesta era simplemente promulgar nueva legislación que desplazara claramente la decisión judicial. De este modo, se salvaguardaba el principio de la soberanía parlamentaria.

Algunos ejemplos relevantes del enfoque *common law* de protección de derechos pueden encontrarse en la actuación del Tribunal Supremo canadiense antes de la entrada en vigor de la Carta de 1986 (*the Charter*)¹²⁸. En el ámbito de Derecho penal, el Tribunal

¹²⁷ Willis (1938), 17. Este ilustre profesor de Derecho público canadiense fue crítico con las “viejas presunciones” ligadas al liberalismo económico (como las que iban contra la expropiación sin compensación), pero defendió aquellas otras que se incorporaron al *common law* para reflejar la preocupación por los derechos humanos. Según el autor, estas presunciones servían para controlar la intención del legislativo. “Los jueces de Canadá y el Reino Unido no tienen poder para declarar leyes inconstitucionales sólo porque no se ajustan a las viejas buenas formas de pensar; sin embargo, pueden usar las presunciones para moldear las innovaciones legislativas de acuerdo con las viejas nociones. Las presunciones son en resumen ‘una Constitución ideal’ para el Reino Unido y Canadá” (ibíd.).

¹²⁸ Véase Roach (2001), 254-260.

articuló claramente su presunción *common law* de *mens rea* (dolo) en el caso *R. v. Beaver*¹²⁹. Los hermanos Beaver habían vendido a un policía encubierto lo que ellos creían que era leche en polvo, pero que resultó ser una droga ilegal. El Derecho penal canadiense de aquel momento penalizaba la posesión de drogas ilegales con independencia de la intención de quien las portase. En la revocación de la sentencia condenatoria de los Beaver, el Tribunal expresó elocuentemente la injusticia que suponía condenar a alguien en ausencia de una voluntad deliberada de cometer un delito, y desafió al parlamento a declarar expresamente que esa injusticia era una consecuencia deseada de su legislación. Años más tarde, en el caso *Sault Ste. Marie*¹³⁰, el juez Dickson reafirmó esta posición, manifestando con sus argumentos un principio de equidad hacia los acusados de un delito que probablemente el legislativo no tuvo en cuenta al producir su legislación penal. Como señala Roach, este tipo de casos representa “un excelente ejemplo de cómo el Tribunal puede iniciar y estructurar un diálogo con el legislativo y cómo la judicatura puede aportar sus propias preocupaciones y puntos de vista al diálogo sin tener necesariamente la última palabra”¹³¹.

En el ámbito del Derecho administrativo, el caso más famoso es *Roncarelli v. Duplessis*¹³², en el cual se impugnaba el ejercicio de las facultades discrecionales de un funcionario público. Roncarelli era el propietario de un exitoso restaurante en Montreal, pero también un miembro destacado de los Testigos de Jehová durante la época en la que el Primer Ministro de Quebec, Maurice Duplessis, mantenía una esforzada batalla contra el proselitismo de dicha congregación. Por indicación de Duplessis, la Comisión de Licores del Quebec revocó la licencia de Roncarelli para vender bebidas alcohólicas, lo cual supuso, a la postre, el cierre de su negocio. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, éste anuló la decisión administrativa alegando que la Comisión había abusado de su discrecionalidad al basar su decisión únicamente en el hecho de que el propietario del restaurante había pagado la fianza de algunos testigos acusados de distribuir y vender materiales sin licencia. Los magistrados que disintieron de la decisión mayoritaria del Tribunal suscribieron la doctrina *ultra vires* como la base legitimadora de la revisión judicial. Según dicha doctrina, los jueces sólo tienen que supervisar que la administración no actúa arbitrariamente o ‘más allá’ de los poderes que le delega el parlamento. La decisión mayoritaria, sin embargo, encabezada por el juez Rand, desafió directamente dicha doctrina, basando el abuso de discrecionalidad en el propósito que sostuvo la cancelación, y no en la supuesta falta de autoridad de quien dictó

¹²⁹ [1957] SCR 531.

¹³⁰ *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 SCR 1299.

¹³¹ Roach (2001), 260.

¹³² [1959] SCR 121.

la medida administrativa. En palabras del juez Rand, “ninguna ley puede entenderse, sin una declaración expresa, como si autorizara un poder arbitrario ilimitado que pueda ejercerse con cualquier propósito, por muy caprichoso o irrelevante que sea”¹³³. De este modo, lo importante no era si la intervención de Duplessis había sido o no decisiva en la cancelación de la licencia. Incluso si la Comisión hubiera actuado por su propia iniciativa, habría habido igualmente un abuso de discrecionalidad. Lo relevante para el Tribunal era que la decisión administrativa se había basado en el ejercicio de un derecho fundamental (la libertad religiosa) sin que la autoridad pública hubiera ofrecido una justificación adecuada para ello. Este razonamiento no suponía una protección absoluta de la libertad religiosa, pero implicaba poner de relieve que había un derecho fundamental en juego. La única respuesta que le quedaba al gobierno era promulgar alguna norma jurídica que explícitamente permitiera al primer ministro revocar las licencias de los testigos de Jehovah o de Frank Roncarelli, lo cual habría supuesto anular la presunción *common law* de equidad que el Tribunal había aplicado en su sentencia.

Por último, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, el Tribunal usó el enfoque *common law* de protección de derechos para limitar, hasta cierto punto, el uso de la supremacía parlamentaria en la revocación de los tratados que garantizaban ciertos títulos y derechos de los aborígenes de Canadá antes de ser reconocidos en la Constitución de 1982. En *Calder v. British Columbia*¹³⁴, el Tribunal afirmó que una decisión del parlamento que pretendiera extinguir los derechos indígenas debía ser “clara y directa”¹³⁵, pues en caso contrario se debería entender que la mayoría ejercía el poder de manera inconsistente con tales títulos. Esta protección *common law* de los derechos no proporcionaba una garantía absoluta frente a las decisiones mayoritarias, pero al menos exigía al parlamento que hiciera pública su intención mediante una ley y rindiese cuentas de ese acto de injusticia ante el público en general.

En definitiva, las presunciones *common law* funcionaban como una invitación al legislativo para que considerase algunos valores importantes, pero también para que respondiera y explicase al público y al tribunal por qué en algunos contextos particulares era necesario imponer ciertos límites a esos valores¹³⁶. Hoy en día, las modernas presunciones sugieren que, en ausencia de una clara declaración en contra del legislativo, las leyes deben interpretarse de un modo consistente con las Cartas de derechos, el Derecho internacional de

¹³³ Ibid., 140.

¹³⁴ [1973] SCR 313.

¹³⁵ Ibid., 404.

¹³⁶ Roach (2001), 514.

derechos humanos, el imperio de la Ley y otros valores constitucionales. Así se establece, como vimos, en el modelo colaborativo de constitucionalismo. La Carta canadiense de 1960 lo recoge expresamente en su sección 2, y es el tipo de presunción que subyace al esquema de protección que establece la Carta de 1986 (*the Charter*): el legislativo debe tratar de justificar las limitaciones que desee establecer legalmente sobre los derechos definidos por los tribunales (sección 1), pero también tiene la posibilidad de declarar expresamente su intención de mantener una disposición legislativa a pesar de haber sido declarada por los tribunales como inconsistente con los derechos protegidos (sección 33).

En el Reino Unido, las presunciones *common law* permitieron a los tribunales interpretar la legislación de manera consistente con los derechos humanos antes de la Ley de 1998. Como explica Hunt, con anterioridad a esa fecha los tribunales reconocían automáticamente el Derecho internacional de los derechos humanos como parte del *common law*. Los tribunales veían ese tipo de Derecho como un equivalente internacional del *common law* nacional, “el producto de una práctica universal enraizada en la moral y reconocida a escala internacional”¹³⁷. Es más, igual que ocurría con el *common law*, dicho reconocimiento estaba sujeto a la condición de que el Derecho consuetudinario internacional no fuera inconsistente con la legislación británica¹³⁸. Por otra parte, los tribunales británicos desarrollaron en la práctica una presunción en la interpretación de las leyes, según la cual cuando el parlamento promulgaba una ley dando efecto a un tratado internacional, se presumía que había querido satisfacer las obligaciones internacionales del país bajo ese tratado. Lord Diplock en *Garland* cualificó esta presunción añadiendo el requisito de que las palabras de la disposición legal fueran “razonablemente capaces de soportar dicho significado”, es decir, que no existiera una declaración expresa del parlamento que impidiese la interpretación correctiva¹³⁹. Tal presunción era especialmente relevante cuando se trataba de tratados de derechos humanos, lo cual demuestra que, con anterioridad a la Ley de Derechos Humanos, ciertos instrumentos internacionales como el Convenio Europeo o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el Derecho internacional consuetudinario procedente de su aplicación, disfrutaban de un estatus especial y, o bien formaban automáticamente parte del Derecho nacional en virtud de su estatus

¹³⁷ Hunt (1997), 13.

¹³⁸ Como afirma Lord Atkin en *Chung Chi Cheung v. The King* [1939] AC 160, 168: “Los tribunales reconocen la existencia de un cuerpo de normas que es aceptado entre las naciones. En cualquier asunto judicial, los tribunales procuran determinar la norma relevante y, cuando la encuentran, la tratan como si estuviera incorporada al Derecho nacional, siempre que no sea inconsistente con las normas promulgadas en las leyes o que hayan sido declaradas por sus tribunales”. Citado en Hunt (1997), 11.

¹³⁹ *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1983] 2 AC 751, 771A-B. Hunt (1997), 18.

consuetudinario, o al menos coincidían con el contenido del Derecho consuetudinario nacional (es decir, con el *common law*). El deber/poder judicial que impone actualmente la sección 3 de Ley de Derechos Humanos, según la cual los tribunales deben interpretar las leyes, hasta donde sea posible, conforme a los derechos protegidos, representa la continuación de una práctica establecida entre los jueces británicos. No obstante, la mencionada ley refuerza dicha práctica de un modo importante, al obligar a los jueces a superar su habitual sumisión al principio de soberanía parlamentaria¹⁴⁰.

Este último punto es precisamente el que supone una mayor transformación de la tradición *common law*. En efecto, la visión más extendida de los sistemas jurídicos *common law* es la que incide en su parlamentarismo, es decir, en su respeto incondicional a la supremacía del legislativo por encima del poder judicial, lo cual vendría a contradecir el enfoque que aquí estamos manteniendo. De hecho, el autor más representativo de dicha tradición, Albert V. Dicey, se suele leer como un defensor a ultranza de la soberanía parlamentaria: el parlamento tiene el poder legal para hacer cualquier ley, de modo que ninguna persona o entidad tiene autoridad para revocar o inaplicar sus leyes¹⁴¹. Según esta visión, la obra de Dicey vendría a representar un combate de supremacías en competencia, donde el legislativo monopoliza la producción del Derecho y los jueces monopolizan su interpretación. Bajo este enfoque, Dicey acompañaría a su maestro Austin en la defensa de la doctrina que Dyzenhaus denomina “positivismo constitucional”, según la cual el poder legislativo no está limitado legalmente excepto donde los términos de una Constitución escrita lo constriñen: el parlamento es la única fuente legítima de normas jurídicas¹⁴². En los casos donde surja un conflicto entre ambas supremacías, debe imponerse la voluntad del parlamento. No hay, pues, desde este enfoque, “base legal para la teoría según la cual los jueces, como exponentes de la moralidad, pueden anular leyes del parlamento”¹⁴³.

Sin embargo, tanto Trevor Allan como Dyzenhaus ofrecen una lectura diferente de Dicey, según la cual es posible encontrar en la tradición del *common law* un precedente del modelo colaborativo. Según estos autores, la concepción del imperio de la Ley de Dicey contiene una visión de la autoridad legislativa en la que el lenguaje general de las leyes está

¹⁴⁰ *Ibíd.*, cap. 5. Hunt explica que la tendencia judicial a afirmar la identidad entre el *common law* y el Convenio europeo de derechos humanos fue seguida por la voluntad de desarrollar el *common law* con el objetivo de alcanzar dicha identificación. Este segundo momento dio lugar a lo que el autor denomina “la emergencia de una jurisdicción *common law* de los derechos humanos”.

¹⁴¹ Dicey (1915), 3-4.

¹⁴² Goldworthy (1999), 1-21.

¹⁴³ Dicey (1915), 19.

siempre limitado y conformado en los casos específicos por “el espíritu de la legalidad”¹⁴⁴. Según Dicey, los jueces deben interpretar la legislación de acuerdo con “el espíritu general del *common law*” y, como resultado, están dispuestos a “construir excepciones legales a los principios *common law* de un modo que no se recomendaría [...] a las Cámaras del Parlamento, si las Cámaras fueran llamadas a interpretar sus propias leyes”¹⁴⁵.

Allan, desde la experiencia constitucional británica, utiliza estas afirmaciones de Dicey para argumentar que sólo las violaciones más atroces del imperio de la Ley requieren una declaración judicial de invalidez; en la mayoría de los casos, los valores constitucionales pueden garantizarse mediante la interpretación judicial de las leyes¹⁴⁶. Al realizar este tipo de interpretaciones, los jueces suelen afirmar que están aplicando la intención del parlamento, incluso cuando adoptan interpretaciones no literales de las leyes, con objeto de evitar un resultado injusto. Aun así, Allan insiste que esta deferencia a la intención del legislativo no debería oscurecer el hecho de que los jueces aplican normas constitucionales que tienen un estatus supremo independiente de la voluntad legislativa, y que el legislador no podría violar esas normas incluso aunque expresara claramente su intención de hacerlo¹⁴⁷. Sin embargo, esta conclusión parece ir más allá de lo que permite enunciar la tradición *common law*. Una cosa es, como hace Dicey, decir que los jueces pueden interpretar restrictivamente las leyes, a pesar de la intención en contra del legislativo, con objeto de proteger ciertos principios *common law*; y otra muy distinta es, como hace Allan, afirmar que tales principios fundamentales imponen restricciones legales a la competencia legislativa del parlamento¹⁴⁸. Ésta última afirmación parece implicar necesariamente la supremacía de los jueces y, por ello mismo, no es compatible con la tradición *common law*.

Dyzenhaus, en cambio, reconoce en la obra de Dicey una mezcla radicalmente inestable de positivismo jurídico, heredado de John Austin y Jeremy Bentham, y “antipositivismo judicial”, procedente de la tradición del *common law*¹⁴⁹. Austin habría iniciado esa tensión al aceptar, junto al principio de soberanía parlamentaria, la conveniencia de una élite judicial que controlase los posibles desmanes de la mayoría. En contra de Bentham, Austin pensó que su teoría positivista podía incluir un tipo de interpretación judicial que fuese más allá de la mera aplicación del contenido factualmente determinable de

¹⁴⁴ Ibid., 273; Dyzenhaus (2006), 71; T. Allan (2001), 13-21.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ T. Allan (2001), 202, 210, 214.

¹⁴⁷ Ibid., 205. Para el autor, la intención implícita del parlamento de respetar los valores constitucionales “es un componente intrínseco de cualquier sistema de gobierno que intente asegurar el bien público” (ibid.).

¹⁴⁸ Walters (2003), 73-74.

¹⁴⁹ Dyzenhaus (2006), 71.

las leyes, pero siempre que dicha interpretación no se concibiera como determinada por el Derecho existente, sino como una producción cuasi-legislativa de nuevas normas jurídicas. Para él, la concepción positivista quedaba a salvo si no se permitía a los jueces concebir su producción normativa bajo la “ficción infantil” de la tradición *common law* según la cual las decisiones judiciales siempre están determinadas por el Derecho existente.

Dicey, sin embargo, pretendió combinar la supremacía legislativa con una concepción de la interpretación judicial en la que los jueces se apoyan legítimamente en los valores del *common law* para interpretar la legislación conforme al “espíritu de la legalidad”. Al dar este paso, abandonó la idea (que Bentham combatió, pero que Austin promovió) de que los jueces tienen un papel cuasi-legislativo en un sistema jurídico *common law*. De un modo que recuerda a la teoría de la adjudicación de Dworkin, Dicey creyó que, cuando los jueces interpretan las leyes a la luz de los principios *common law*, están meramente aplicando el Derecho (los valores del *common law*). Es decir, que los jueces estaban legitimados para interpretar las leyes conforme a los principios *common law*, a no ser que el legislador expresara claramente su intención de actuar de otro modo. La capacidad del parlamento para revocar las decisiones judiciales permitía al legislativo atender a las necesidades del momento, incluso a costa de los principios básicos. Pero al actuar así, el parlamento no destruía o borraba para siempre el principio protegido por el *common law*. Al contrario, tal principio perduraba como parte del esquema más general de valores o principios que configuraban el Derecho común. Para Dicey, las leyes contrarias a los principios debían concebirse como “excepciones a los principios *common law*”¹⁵⁰.

No obstante, lo cierto es que Dicey todavía entiende el legislativo como la autoridad suprema que monopoliza la producción del Derecho. Lo cual colisiona de un modo irresoluble con su concepción de la interpretación judicial. Según Dyzenhaus, esta tensión sería similar a la que viven los jueces que, operando en el espacio conceptual del *common law*, mantienen una actitud sumisa respecto a la voluntad del legislativo, subordinando sus interpretaciones a los hechos sobre las intenciones del legislador¹⁵¹. Esta actitud es precisamente la que trata de erradicar el modelo colaborativo de constitucionalismo. La colaboración institucional supone el abandono de una visión rígida de la separación de poderes, y su sustitución por una concepción en la que las ramas del gobierno juegan papeles

¹⁵⁰ Hickman (2010), 80. Hickman se basa en la teoría de la adjudicación de Dicey para deducir que su reconciliación de la soberanía parlamentaria y el imperio de la Ley no implica ninguna tensión irresoluble. En el mismo sentido que Trevor Allan, el autor encuentra en la obra de Dicey una concepción que promueve una “conversación constitucional fuerte” entre el parlamento y los jueces.

¹⁵¹ Dyzenhaus (2010), 203.

distintos y complementarios en una misma empresa colaborativa. En orden a cumplir su papel, el legislativo debe producir leyes que traten de alcanzar sus objetivos particulares a la luz de este proyecto jurídico más amplio.

El modelo colaborativo presupone una idea del *rule of law* como un tipo de orden social en el que las leyes y decisiones públicas promueven el interés general de acuerdo con ciertos principios fundamentales, y en donde los jueces tienen el deber y la capacidad para interpretar las normas jurídicas conforme a tales principios. Ninguna institución tiene la supremacía en la determinación del Derecho. Aunque es función de los tribunales vigilar que el legislativo cumple su papel cooperativo, también pueden tener buenas razones para deferir a las interpretaciones de las leyes (y de la Constitución o el *Bill of Rights*) que realizan el legislativo y el gobierno, en la medida en que éstos justifiquen razonablemente sus interpretaciones.

c) Los valores y principios constitucionales

La legalidad o *the rule of law* es, en la tradición del *common law*, el dominio de ciertos valores de naturaleza moral y legal. Alexander Bickel, a quien debemos muchas de las ideas centrales de una concepción colaborativa del constitucionalismo, señaló que el “gobierno bajo la Ley” significa, en su esencia, que las leyes y los actos administrativos deben perseguir el interés general y la satisfacción de las necesidades materiales en cada momento histórico, teniendo en cuenta su influencia en los valores que la sociedad considera como sus intereses más generales y permanentes (los valores perdurables, “*enduring values*”)¹⁵². En esto consiste, como señalamos en el apartado anterior, el papel cooperativo del gobierno y el legislativo. “Actuar a partir de principios” significa basar la acción gubernamental en este “segundo aspecto de las cuestiones políticas”. Junto al ‘derecho de los derechos’ que supone la participación de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad en la confección de las leyes, Bickel reivindica el Derecho como *el “valor de los valores”*, es decir, como “la principal institución por la que una sociedad puede afirmar sus valores”¹⁵³.

En la Constitución *common law*, los valores y principios fundamentales del Derecho no tienen su origen en un determinado acto de creación o promulgación. Ahora bien, este carácter inmemorial o permanente no presupone un contenido esencial inmutable; al contrario, su sentido cambia con el tiempo, a veces significativamente. Los valores del

¹⁵² Bickel (1986), 24.

¹⁵³ Bickel (1975), 5 (énfasis añadido).

common law están constantemente actualizándose a través de su exégesis. Es en su “aplicación relevante” donde los principios fundamentales deben “deducirse, enunciarse y observarse”¹⁵⁴. La metáfora del texto constitucional como un ‘árbol vivo’ se sigue de manera natural de la idea de una Constitución no escrita, en la que se encuentran los principios jurídicos fundamentales que los tribunales tienen el deber de interpretar y actualizar.

En la tradición *common law*, una carta escrita de derechos (*a Bill of Rights*) se considera desde la misma óptica que los principios fundamentales no escritos. No supone una novedad radical. La promulgación y atrincheramiento de los derechos se considera como una articulación democrática de los principios jurídicos fundamentales. Una carta de derechos, constitucional o no, se entiende como un documento que hace explícitos los principios que ya formaban parte de la Constitución *common law*. Esta visión fue claramente expuesta por la magistrada del Tribunal Supremo canadiense L’Heureux-Dubé en el caso *Baker*. Al igual que en *Roncarelli*, que vimos en el apartado anterior, en este caso la cuestión a la que se enfrentaba el Tribunal era si la revisión judicial de los actos administrativos debía basarse exclusivamente en los controles que explícitamente ordenaban las leyes que autorizaban dichos actos (la doctrina *ultra vires*). Frente a esta doctrina, la juez aseguró que la discrecionalidad administrativa debía “ejercerse de acuerdo con los límites impuestos por la legislación (*the statute*), los principios del *rule of law*, los principios del Derecho administrativo, los valores fundamentales de la sociedad canadiense y los principios de la Carta”¹⁵⁵. Según la legalidad como razón pública, estos valores y principios son los que conforman la moralidad inherente a un sistema jurídico propiamente dicho, o a un gobierno conforme al imperio de la Ley, y son los que han de servir a los jueces como contexto interpretativo en su análisis de las leyes y actos administrativos.

Por lo tanto, como afirma la propia juez L’Heureux-Dubé en otra sentencia, “el texto escrito de la Constitución” no es “comprehensivo y definitivo”, sino que se complementa con “un conjunto más profundo de concepciones que no se encuentran a la vista del documento mismo”; “la Constitución abarca reglas tanto escritas como no escritas”¹⁵⁶. O, dicho en un lenguaje más normativo:

Con objeto de perdurar en el tiempo, una Constitución debe contener un conjunto comprehensivo de reglas y principios que sea capaz de ofrecer un marco jurídico exhaustivo para nuestro sistema de gobierno. Tales principios y reglas emergen a partir de

¹⁵⁴ Bickel (1986), 24.

¹⁵⁵ *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [1999] 2 SCR 817, 820.

¹⁵⁶ *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 SCR 89, 91. El mismo Tribunal vuelve a explicar esta idea en *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2, SCR 239, 240:

una comprensión del texto constitucional mismo, del contexto histórico, y de las interpretaciones judiciales previas del significado constitucional”.

Lo cual no significa que la aprobación de una declaración formal de derechos no cause una importante influencia en el sistema jurídico donde se establece. Su principal efecto es que obliga a los jueces a abandonar una actitud sumisa frente a la voluntad del legislador, y a ejercer con más determinación su deber de interpretar las leyes y actos administrativos conforme a los principios fundamentales. Las cartas que hemos visto en la descripción del modelo colaborativo otorgan a los jueces una autoridad de la que carecían con anterioridad. Esto es evidente en el caso de Canadá, en donde se reconoce la supremacía de la Constitución respecto al resto de la legislación del país, y se otorga a los jueces autoridad para declarar inválidas las leyes que violan los derechos. En el caso británico, neozelandés y australiano, el reforzamiento de la función judicial se realiza mediante el deber/poder interpretativo que les permite ir más allá de la literalidad de las disposiciones jurídicas. Este deber interpretativo exige a los jueces no sólo poner al día sus concepciones *common law*, sino intentar corregir las concepciones restrictivas, incluso los malentendidos, que forman parte de su tradición jurídica particular¹⁵⁷.

A mi modo de ver, esta forma de concebir los valores y principios constitucionales trae consigo dos importantes consecuencias. En primer lugar, este enfoque hace que resulte injustificada cualquier distinción fundamental entre poder constituyente y poder constituido¹⁵⁸. Según esta distinción, la autoridad del Derecho, y de cualquier instrumento jurídico (como una carta de derechos), procedería de una entidad externa al orden jurídico (la nación o pueblo, ‘*we, the people*’), la cual retendría una autoridad legalmente ilimitada para reformar la Constitución (o, al menos, una autoridad trascendente a cualquier Derecho positivo, incluido el Derecho positivo de la Constitución). Una vez promulgado el texto constitucional, se produciría la delegación de poder al legislativo y al gobierno, que tendrían una autoridad legalmente limitada para producir legislación ordinaria. De este modo, existiría una división del Derecho positivo en dos cuerpos diferentes: uno que emana del pueblo y vincula al gobierno, y otro que emana del gobierno y vincula al pueblo. Por el contrario, si partimos de una concepción distinta del Derecho, en la que la moralidad constitucional es interna a la idea misma de orden jurídico, la noción de un poder constituyente se revela superflua. Dado que la autoridad del Derecho se explica en general a

¹⁵⁷ Dyzenhaus (2005), 264.

¹⁵⁸ Dicha distinción fue introducida por Emmanuel Joseph Sieyès en su escrito de 1789, “¿Qué es el tercer Estado?”, y ha adquirido un gran relieve en el debate constitucional contemporáneo, véase Ackerman (1993), Grimm (2010).

partir de sus cualidades intrínsecas, la cuestión del poder constituyente simplemente no se plantea. Para un constitucionalismo *common law*, es en la legalidad, y no en la Constitución histórica o el poder constituyente, donde reside la fuente última de la autoridad del Derecho. En este sentido, el ideal al que aspira el constitucionalismo no es otro que el del imperio de la Ley. La promulgación de una Constitución escrita es uno de los caminos que puede adoptar una sociedad para hacer efectivo dicho ideal. Dentro del modelo colaborativo, es el camino elegido por Canadá; sin embargo, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia han preferido, de momento, confiar en una ley ordinaria de derechos humanos para promover la regulación efectiva del poder público a través del Derecho. Volveremos sobre la cuestión del poder constituyente en el capítulo 6.

En segundo lugar, desde un constitucionalismo *common law* tampoco existe una clara distinción entre derechos de primera y segunda generación, es decir, entre los derechos de autonomía (civiles y políticos) y los derechos económicos, sociales y culturales. Para la teoría de la legalidad como razón pública, es legítimo atrincherar constitucionalmente ciertos derechos que los jueces pueden usar para dar contenido a la legislación y para evaluar su validez. Es legítimo en tanto que tales derechos expresan la responsabilidad constitucional del legislador de justificar su legislación a ciudadanos libres e iguales¹⁵⁹. Pero el hecho de que algo sea legítimo no significa que sea necesario. Proteger derechos mediante su atrincheramiento constitucional puede ser necesario sólo si, en su ausencia, los ciudadanos no tienen los mecanismos legales necesarios para asegurar que el Derecho positivo se les justifica adecuadamente. Y, en todo caso, ese atrincheramiento tampoco debería significar excluir esos derechos de la agenda política ‘de una vez por todas’, como suelen sugerir los defensores de la supremacía judicial. Son puntos fijos de referencia, pero con un contenido discutible en el ‘proyecto inacabado’ o ‘árbol vivo’ que es cualquier Constitución¹⁶⁰. Ese contenido vendrá dado por la legislación y la interpretación judicial, y ha de transformarse con el tiempo a la luz de la experiencia. Para la legalidad como razón pública, el modelo colaborativo de constitucionalismo hace que incluso los criterios sustantivos más fundamentales de la legalidad estén sujetos al proceso de justificación. Los derechos de primera generación no pueden considerarse, por tanto, tan determinados que resulten inmunes a la deliberación pública. Su incorporación al Derecho responde al mismo proceso de aprendizaje social que el resto de los principios constitucionales –un proceso por el cual

¹⁵⁹ Como señala Ferreres (2011), 59, la rigidez puede proteger la práctica de la deliberación ante los jueces constitucionales. Una Constitución flexible, en cambio, puede hacer más fácil que la mayoría parlamentaria se escape de la carga de justificar sus decisiones legislativas ante los tribunales.

¹⁶⁰ Habermas (1998), 465-466.

una sociedad aprende, a través del tiempo y la experiencia, lo que significa vivir bajo el dominio del Derecho.

Según esta concepción, los derechos constitucionales son parte del marco jurídico que disciplina cualquier justificación racional y razonable de las decisiones públicas. La legalidad no es un instrumento moralmente neutral del que se vale el poder político para comunicar sus órdenes, sino que contiene unos principios básicos que responden a consideraciones sustantivas y elevan la calidad moral de la legislación. Los derechos que se derivan de tales principios garantizan la integridad de la toma de decisiones colectiva y, con ello, la capacidad de la deliberación democrática para encontrar e implementar una moralidad valiosa. Son parte de la legalidad como puntos fijos de referencia que establecen restricciones efectivas a la toma de decisiones tanto legislativa como judicial. Pero, al mismo tiempo, requieren interpretación en los diversos contextos específicos, por lo que su contenido siempre está abierto a deliberación. Para la teoría de la legalidad como razón pública, la moralidad constitucional es producto de la deliberación política pública, de modo que cualquier contenido moral sustantivo depende de la deliberación.

No obstante, lo cierto es que los derechos sociales aún no reciben una protección efectiva equiparable a los derechos civiles y políticos en los países donde opera el modelo colaborativo. Los derechos de contenido socioeconómico no están incluidos en las declaraciones formales de derechos fundamentales y, por tanto, es más difícil que los jueces conozcan de casos donde se recurre su violación. Sin embargo, existe una evolución hacia su mayor reconocimiento y protección, especialmente a través del derecho a la no discriminación¹⁶¹. Además, y lo que es más importante, la estructura del modelo hace que éste sea especialmente propicio para la protección de los derechos de contenido

¹⁶¹ El Tribunal Supremo de Canadá, en *Elbridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624 (servicios sanitarios), *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493 (derechos de los homosexuales) y *Dunmore v. Ontario (Attorney General)* [2001] 3 SCR 1016 (relaciones laborales), ha establecido que el deber de no discriminación (sec. 15 de la Carta canadiense) implica que, una vez que el Estado decide intervenir en un campo ofreciendo algún tipo de servicios sociales, debe proveer de todos los servicios de ese tipo, pues no hacerlo así equivaldría a una forma prohibida de discriminación. En el Reino Unido, la *Equality Act* 2010 establece el “deber de igualdad del sector público” (“*public sector equality duty*”) por el cual todas las autoridades públicas deben, en el ejercicio de sus funciones, eliminar la discriminación, avanzar en la igualdad de oportunidades y fomentar unas buenas relaciones entre los grupos desaventajados y el resto de la sociedad (sección 149). Asimismo, la Comisión Parlamentaria para la Igualdad y los Derechos Humanos (creada por la *Equality Act* 2006) se encarga de la promoción y fomento de la igualdad y no-discriminación, evaluando el grado de cumplimiento de las autoridades públicas respecto a sus deberes de igualdad, así como iniciando recursos judiciales bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998.

socioeconómico, dado que en este caso se requiere un especial grado de interacción entre legisladores y jueces¹⁶².

d) La transformación de la tradicional *judicial review*

Es un lugar común en los países donde opera el modelo colaborativo, que la declaración formal de derechos humanos (constitucional o no), así como la recepción de las normas internacionales sobre estos derechos dentro del sistema jurídico nacional, han transformado los fundamentos tradicionales de la *judicial review* administrativa. En palabras de Hunt, esta transformación supone un “planteamiento enteramente nuevo del Derecho público, enraizado en los valores que se reconocen como fundamentales dentro del orden jurídico, y organizado en torno a los conceptos centrales de justificación y deferencia debida”¹⁶³. A menudo se habla de la ‘constitucionalización’ del Derecho administrativo, o de la creación de un Derecho administrativo “con mayúsculas” (*writ large*)¹⁶⁴.

Sin embargo, dicho consenso convive junto a una persistente disputa en torno a dos cuestiones interrelacionadas: *en primer lugar*, sobre la naturaleza de esa transformación (es decir, si la nueva metodología constitucional supone la aplicación de un estándar de revisión judicial nuevo, el de corrección, o simplemente implica una nueva conceptualización del tradicional estándar de razonabilidad) y, *en segundo lugar*, sobre si es aplicable a todo el Derecho público o debe restringirse únicamente a los actos administrativos que afectan a los derechos fundamentales (es decir, si supone o no la ‘bifurcación’ del Derecho público).

Este debate se enmarca, además, en un momento histórico en el que el Estado administrativo regula en gran medida la vida social y económica del país, y donde los funcionarios tienen amplias facultades para implementar y desarrollar el Derecho existente.

¹⁶² Tushnet (2008), cap. 8. El autor señala varias técnicas de revisión judicial débil por las que puede encauzarse la colaboración entre legisladores y jueces con objeto de hacer más robustos los derechos socioeconómicos (por ejemplo, mediante la declaración judicial de las violaciones de estos derechos, sin especificar cuál debería ser la solución apropiada para remediar tal violación, o mediante la imposición judicial de deberes, pero dejando al Gobierno una amplia discrecionalidad para su cumplimiento). Como ha puesto de relieve Shinar (2009), Tushnet parece abandonar con esta propuesta su posición anterior, abiertamente opuesta a cualquier tipo de revisión judicial de constitucionalidad, véase Tushnet (1999). Aunque esta evolución puede explicarse como una concesión pragmática a la existencia de sistemas con revisión judicial, el hecho es que se aproxima a la posición de la legalidad como razón pública. En definitiva, Tushnet estaría defendiendo la intervención de los jueces en la interpretación de los derechos socioeconómicos, y la necesidad de que los legisladores reconozcan en la definición judicial de estos derechos los umbrales de protección que no deben dejar de cumplir. En definitiva, estaría otorgando a los jueces una voz robusta respecto a los derechos socioeconómicos. Para el autor, sin embargo, no habría aquí contradicción alguna con su posición anterior, puesto que en su modelo los jueces seguirían careciendo de autoridad para obligar a los legisladores a actuar en un determinado sentido.

¹⁶³ Hunt (2009), 100.

¹⁶⁴ Dyzenhaus (1998a), 31ss.

En este escenario, se hace más imperiosa la necesidad de demarcar apropiadamente cuál es el ámbito de discrecionalidad de los órganos administrativos o, lo que es lo mismo, cuál es el papel apropiado de los jueces, de modo que la revisión judicial pueda asegurar el imperio de la Ley sin que ello implique frustrar los proyectos sociales y económicos del gobierno.

El núcleo de esta evolución es la nueva forma de revisión judicial basada en derechos, en la cual el juez toma algún derecho protegido como punto de partida y realiza un análisis de proporcionalidad entre, por una parte, los límites del derecho que ocasiona la decisión pública y, por otra, la promoción que ésta produce de algún bien social legítimo. Esta nueva metodología ha supuesto en muchos sentidos la desaparición del ‘modelo clásico’ de Derecho administrativo¹⁶⁵. La característica tradicional de la *judicial review* era la restricción judicial. Los asuntos relativos a política social y económica (*policy*) se consideraban fuera de los límites de la jurisdicción judicial y no existía la responsabilidad por parte de los órganos administrativos de explicar las razones de sus decisiones. La revisión judicial se activaba a partir de los errores administrativos originados por un conjunto tasado de motivos específicos (como, por ejemplo, la interpretación errónea de una disposición legal o del Derecho consuetudinario, un propósito inadecuado, tomar en cuenta factores irrelevantes o ignorar los relevantes, mala fe, etc.) o, como categoría residual, por el carácter flagrantemente irrazonable de la decisión (*Wednesbury unreasonableness*), y se consideraba responsabilidad del solicitante de revisión demostrar el error específico o la irrazonabilidad¹⁶⁶. Con la llegada de las cartas de derechos todas estas características entraron en declive. En el Reino Unido y Nueva Zelanda, cuyas Cartas no tienen estatus constitucional, la revisión basada en derechos tuvo su primer gran desarrollo en el ámbito del Derecho administrativo. En Canadá, sin embargo, la nueva metodología se aplicó principalmente en el ámbito constitucional, para luego pasar a implementarse dentro de la *judicial review* administrativa.

La tercera parte de este trabajo se ocupa de las cuestiones relativas al análisis de proporcionalidad; no obstante, en este momento puede resultar relevante exponer en términos generales las dos principales controversias que genera este tema. Como se ha dicho, la primera causa de discrepancia acerca de la proporcionalidad es *cuál ha de ser el estándar adecuado que han de aplicar los jueces en su análisis de las decisiones públicas*.

¹⁶⁵ Taggart (2003), 311-312.

¹⁶⁶ Taggart (2008), 427.

En principio, existen dos estándares diferentes: corrección y razonabilidad¹⁶⁷. En el Reino Unido, la Cámara de los Lores ha manifestado en varias sentencias que cuando están implicados derechos básicos, el estándar aplicable es el de corrección¹⁶⁸. Esto quiere decir que el objeto de la revisión es si de hecho la decisión fue proporcional, no si la administración logró demostrarlo suficientemente. El razonamiento que está detrás de esta doctrina es que no se puede exigir a la administración que, además de tomar la decisión correcta, lo haga a través de la metodología de la proporcionalidad, pues esto implicaría una ‘judicialización’ excesiva del procedimiento administrativo. En este sentido, Michael Taggart, desde la experiencia británica y neozelandesa, afirma:

Es importante señalar, no obstante, que el proceso de razonamiento del decisor originario y el del tribunal supervisor no necesitan, y en muchos casos no deberían, ser los mismos. La Cámara de los Lores ha subrayado esto apropiadamente en decisiones recientes [...] Los tribunales deben garantizar que la decisión respeta los derechos razonablemente y, por tanto, el tribunal debe emplear una metodología de revisión sustantiva que le permita hacerlo. Pero de esto no se sigue que el tribunal deba imponer la misma metodología sobre la autoridad pública, puesto que eso traería el riesgo de judicializar el procedimiento administrativo¹⁶⁹.

La misma idea está detrás de la regla que estableció Lord Steyn en *Daly*, según la cual la revisión sustantiva que implica la proporcionalidad no debe identificarse con una “revisión de los méritos”, puesto que los papeles del tribunal y el decisor originario “son y seguirán siendo fundamentalmente distintos”¹⁷⁰. El análisis de proporcionalidad exige al tribunal implicarse en la sustancia de la decisión, pero sin llegar a sustituir la opinión del agente decisor por la suya propia. Según Lord Steyn, cuando los jueces valoran la ponderación que ha realizado el funcionario público entre intereses en competencia, deben analizar “el peso relativo que se acordó a intereses y consideraciones”. Esto representa una revisión de la sustancia de la decisión en el sentido de que requiere una valoración de la contundencia de las razones a favor y en contra de la decisión.

¹⁶⁷ Desde los años 90 hasta 2008, el Tribunal Supremo canadiense reconoció una categoría intermedia de revisión llamada ‘razonabilidad *simpliciter*’; así puede comprobarse en sentencias como *Pushpanathan v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [1998] 1 SCR 982; *Baker*, supra nota 155. Posteriormente dicho Tribunal reunió los dos estándares de ‘razonabilidad’ en uno solo: *Dunsmuir v New Brunswick* [2008] 1 SCR 190 (SCC). Véase Taggart (2008), 449, nota 132.

¹⁶⁸ La decisión más importante en este sentido es *R (on the application of Begum (by her litigation friend, Rahman) (Respondent) v. Headteacher and Governors of Denbig High School (Appellants))* [2006] UKHL 15. Lo estudiaremos detenidamente en la tercera parte.

¹⁶⁹ Taggart (2008), 460-461.

¹⁷⁰ *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] 2 AC 532, [27-28] (Lord Steyn).

No puede sorprendernos, por tanto, que la Cámara de los Lores haya rechazado en *Huang* la doctrina de la deferencia debida que ha venido articulando el Tribunal Supremo canadiense bajo la Carta de 1982 (*the Charter*)¹⁷¹. En la primera parte de este trabajo vimos algunas de las sentencias que articularon esta doctrina en el ámbito del Derecho constitucional; en este apartado vamos a estudiar con algún detalle las decisiones judiciales que hicieron lo propio en el ámbito del Derecho administrativo. Según esta doctrina, del mismo modo que los tribunales deben deferir a la opinión de los legisladores cuando éstos han ofrecido una base razonable de sus disposiciones jurídicas, los tribunales deben deferir a la interpretación del Derecho de los órganos administrativos cuando las razones de los funcionarios ofrecen una base razonable para sus decisiones. Según la teoría de la legalidad como razón pública, esta doctrina de la deferencia debida es la que mejor se corresponde con el modelo colaborativo de constitucionalismo.

Como ha puesto de relieve Dyzenhaus, la elaboración de esta doctrina comenzó antes de la entrada en vigor de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*), con ocasión del caso *Roncarelli*¹⁷². En esa decisión, el juez Rand, en nombre de la mayoría, rechazó el principio *ultra vires* como la base que legitima la revisión judicial. Según este principio, los jueces mantienen el imperio de la Ley controlando que la administración no actúa de manera arbitraria o “más allá de sus poderes”, es decir, más allá de la autoridad que le ha delegado el parlamento. La función supervisora de los jueces se ciñe, por tanto, a los errores de jurisdicción (es decir, lo errores acerca del alcance de los poderes de la administración), puesto que dentro de su ámbito de autoridad los funcionarios públicos disfrutaban de plena discrecionalidad, a no ser que su decisión aparezca como flagrantemente irrazonable. Para el juez Rand, por el contrario, es más importante analizar si los funcionarios sirven efectivamente a los propósitos de la legislación que les otorga autoridad, es decir, si interpretan apropiadamente la legislación. En este caso concreto, lo relevante no era si la decisión de anular la licencia de Roncarelli para vender bebidas alcohólicas en su restaurante había sido ordenada por alguien que no tenía autoridad para hacerlo, sino cuál había sido el propósito que subyacía a la cancelación. Aunque la Comisión que dictó la decisión tenía autoridad para denegar o cancelar una licencia, dicha decisión tenía que estar “basada en una ponderación de las consideraciones pertinentes al objeto de la administración”¹⁷³, es decir,

¹⁷¹ *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 AC 167.

¹⁷² *Roncarelli v. Duplessis* [1959] SCR 121.

¹⁷³ *Ibid.*, 140.

debía existir una adecuación entre las consideraciones o razones de la autoridad pública y su decisión final.

Lo que venía a establecer el juez Rand es que los funcionarios públicos tienen el deber de mostrar que sus decisiones no son arbitrarias, que se ajustan a los requerimientos del imperio de la Ley. Este enfoque supone reconocer por parte de los jueces la racionalidad inherente o, al menos, potencial, del proceso administrativo, entendiendo por racionalidad los principios del imperio de la Ley. Pero, como señala Dyzenhaus, este reconocimiento genera la siguiente paradoja: “reconocer racionalidad es al mismo tiempo reclamar para los jueces el papel de revisar el proceso administrativo con objeto de asegurar que dicho proceso responde a los estándares de racionalidad”¹⁷⁴. Y dado que es muy difícil evaluar la racionalidad o razonabilidad de una decisión sin entrar a revisar las razones que se han dado para su justificación, existe el riesgo de que los jueces impongan sus propios criterios de racionalidad sobre los de la administración. Esta paradoja es la que ocasionó una intrincada jurisprudencia sobre la deferencia judicial en Canadá durante los treinta años siguientes a *Roncarelli*¹⁷⁵.

En realidad, como señala Dyzenhaus, la sentencia de *Roncarelli* contenía ya la base de la solución a esta paradoja. Si los funcionarios están obligados a justificar sus decisiones, una vez que cumplen con ese deber adecuadamente no hay razón para que los jueces interfieran en sus decisiones. La clave está en entender qué significa aquí ‘adecuadamente’. Si la idea es que el juez puede concluir que la autoridad pública cumplió con su deber de justificación simplemente comprobando que dicha autoridad tuvo en cuenta las consideraciones que imponía la ley bajo la que actuó legítimamente (es decir, sin necesidad de entrar a juzgar el modo en que la autoridad realizó dicha consideración), entonces estaríamos ante una concepción de la deferencia judicial como sumisión. Esta concepción presupone una idea meramente formal del imperio de la Ley: las leyes tienen un contenido que puede determinarse a partir de los hechos que muestran la intención del legislador. La función de los jueces es comprobar, bajo el estándar de corrección, si los funcionarios actúan de modo consistente con dicha intención factualmente determinable. Sólo si existe ambigüedad en el texto de la legislación, los jueces pueden deferir al criterio de la administración.

¹⁷⁴ Dyzenhaus (1997a), 289.

¹⁷⁵ Dyzenhaus estudia los casos *CUPE* y *Nicholson* como los más reseñables en la tortuosa formación de la doctrina canadiense de la deferencia. Para *CUPE*, puede citarse también Taggart (2005), 263.

Pero, obviamente, ésta no es la concepción de la deferencia que está detrás de *Roncarelli*. Para el juez Rand, los jueces deben revisar el tipo de consideraciones que realizan los funcionarios para respaldar sus decisiones, pero manteniendo al mismo tiempo una actitud de respeto hacia la autoridad interpretativa del órgano administrativo en el área de su competencia. Esta idea de la deferencia judicial como respeto significa una actitud de “atención respetuosa a las razones ofrecidas o que pudieron ofrecerse en apoyo de la decisión”¹⁷⁶. Los jueces pueden, por tanto, revisar las razones de la administración y, al mismo tiempo, deferir al criterio del órgano administrativo, siempre que la deferencia se entienda apropiadamente.

No fue hasta después de la entrada en vigor de la Carta canadiense de 1982 (*the Charter*) que el Tribunal Supremo supo articular esta doctrina de la ‘deferencia como respeto’. La sentencia del caso *Baker*, en donde se menciona explícitamente el trabajo de Dyzenhaus, supuso la mejor articulación del enfoque que había adelantado el juez Rand en los años cincuenta. Según la juez L’Heureux-Dubé, que redactó la opinión de la mayoría, aplicar la metodología de la proporcionalidad a los ejercicios de discrecionalidad significa revisar las razones que alega el agente decisor originario, aplicando el estándar de *razonabilidad* –las razones de la autoridad pública deben ofrecer una justificación razonable de su decisión¹⁷⁷. La revisión judicial debe centrarse, por tanto, en el procedimiento, es decir, en la relación de las razones del funcionario y su decisión, y no en la decisión misma, es decir, en el contenido de la medida elegida por el legislador o la autoridad pública.

En la senda del juez Rand, el Tribunal afirma en *Baker* que los ejercicios de discrecionalidad por parte de un funcionario u órgano administrativo no deben ser revisados únicamente a partir de los controles establecidos en la ley por la que el parlamento delega dicha discrecionalidad. Además de tales controles, las decisiones administrativas deben respetar “los principios del *rule of law*, los principios del Derecho administrativo, los valores de la sociedad canadiense y los principios de la Carta”¹⁷⁸. Esta concepción sustantiva del imperio de la Ley, como el imperio de unos valores que hacen intrínsecamente deseable un orden jurídico, exige que los jueces vuelvan a ponderar las consideraciones que el agente decisor tuvo en cuenta para tomar su decisión.

Esta forma de entender la revisión judicial implica el fin de la supremacía judicial sobre la interpretación del Derecho, en un doble sentido. Por una parte, establece la

¹⁷⁶ Dyzenhaus (1997a), 286.

¹⁷⁷ *Baker*, supra nota 155, [62].

¹⁷⁸ *Ibid.*, [56].

razonabilidad como el único estándar de revisión para casi todas las decisiones públicas, rechazando por tanto en general el estándar de la corrección (donde se analiza si la decisión de la administración coincide con la que habría adoptado el tribunal en su lugar)¹⁷⁹. Incluso en los casos donde la revisión de razonabilidad ha de ser más intrusiva, porque están implicados derechos fundamentales, la evaluación judicial no deja de ser hasta cierto punto deferente, puesto que los jueces operan bajo el supuesto de que las razones ofrecidas por la administración podrían justificar la decisión, la cual en todo caso no es necesariamente la decisión que el tribunal habría adoptado en caso de ser el agente decisor principal¹⁸⁰. No hay, pues, en general, revisión de corrección, sino un escrutinio de razones más o menos intenso.

Por otra parte, esta forma de entender la revisión judicial reconoce que los órganos administrativos tienen un papel legítimo en la determinación de los valores fundamentales constitucionales. Los jueces deben compartir la autoridad interpretativa sobre dichos valores, reconociendo a los órganos del Estado administrativo como socios de una misma empresa colaborativa. Aunque esto no significa que deban esperar que dichos órganos apliquen estrictamente la metodología de la proporcionalidad, sí deben estar respetuosamente atentos a las razones ofrecidas por la administración. Lo cual implica, a su vez, que los funcionarios han de tener en cuenta que su razonamiento a la hora de justificar sus decisiones servirá de base para la aplicación de esa metodología por parte de los jueces, es decir, que su justificación sólo merecerá la deferencia del tribunal supervisor si satisface los requisitos de la proporcionalidad. En este sentido, la razón jurídica se convierte, dentro del modelo colaborativo de revisión, en el prototipo de la razón pública.

Respecto a la otra controversia que genera la aplicación de la proporcionalidad (es decir, si supone o no la ‘bifurcación’ del Derecho público), la cuestión que se debate es si esta metodología debe aplicarse sólo a la revisión de las decisiones administrativas que afectan a derechos fundamentales o, por el contrario, debe aplicarse a todo tipo de revisión judicial de decisiones públicas. En este contexto, *Baker* vuelve a ser un punto de referencia imprescindible, puesto que supuso la emergencia de la unidad de las tres sub-disciplinas del Derecho público (el Derecho constitucional, el Derecho administrativo y el Derecho internacional de los derechos humanos)¹⁸¹.

¹⁷⁹ La única excepción a esta regla general es cuando el tribunal considera que la infracción a un derecho fundamental es de suma gravedad, en cuyo caso el tribunal debe aplicar un criterio de corrección, sustituyendo la opinión del agente decisor principal por la suya propia. Lo veremos en la tercera parte.

¹⁸⁰ Dyzenhaus (2006), 148; (2002), 493-494.

¹⁸¹ Dyzenhaus, (2004).

La constitucionalización del Derecho administrativo provoca de forma casi inevitable, especialmente en los autores cercanos a las tesis del constitucionalismo político, el recelo frente al incremento del poder de los jueces. Según Taggart, por ejemplo, profesor neozelandés de Derecho administrativo, el riesgo de la supremacía judicial y la defensa de la democracia hacen necesario diferenciar entre los casos que implican derechos fundamentales y los casos que suponen únicamente “errores públicos” (“*public wrongs*”). La diferencia radicaría, según el autor, en que en los primeros lo que importa es si el funcionario público tomó la decisión que el tribunal considera correcta, mientras que en los segundos es apropiado un escrutinio judicial mucho menos intensivo (la revisión de irrazonabilidad *Wednesbury*)¹⁸².

Sin embargo, la desconfianza ante la posible supremacía judicial debería desaparecer si, como he argumentado, la introducción de la proporcionalidad no debe identificarse con la aplicación de un criterio de corrección y, además, debe venir acompañada con la doctrina de la deferencia debida. Por otra parte, creo que existen buenas razones para rechazar la “bifurcación” del Derecho público. En primer lugar, los derechos humanos no son los únicos valores fundamentales constitucionales que el Derecho público trata de proteger. Como vimos al hablar de la Constitución *common law*, los valores fundamentales del Derecho abarcan desde los principios procedimentales de la legalidad hasta los derechos más sustantivamente igualitarios. De hecho, como señala Hunt, los tribunales británicos emplean cada vez más la metodología de la proporcionalidad para evaluar la adecuación de las razones que alega la administración cuando interfiere en principios ‘de buena administración’, como el de no retroactividad, o los de buena fe y confianza legítima¹⁸³. En los casos, por ejemplo, donde se apela al principio de confianza legítima (*legitimate expectations*), los tribunales británicos suelen supervisar las justificaciones que alega la administración valorando si la modificación unilateral de sus decisiones previas está justificada por consideraciones suficientemente importantes en las circunstancias de cada caso. No parece que haya ninguna razón por la que ésta metodología no deba usarse cuando están en juego este tipo de valores fundamentales.

En segundo lugar, no es posible distinguir con claridad los casos sobre derechos y los casos sobre ‘errores públicos’. Aunque Taggart reconoce que no es fácil distinguir unos casos de otros, afirma que es importante recordar que la mayoría de los casos de Derecho administrativo no implican derechos humanos, sino una administración deficiente o acciones

¹⁸² Taggart (2008), 433.

¹⁸³ Hunt (2009), 106.

contrarias a los principios de la buena administración. Sin embargo, aunque el fundamento de los recursos en Derecho administrativo puede parecer a menudo relacionados con una administración deficiente o errores públicos, lo que mueve a la persona a litigar contra el Estado es con frecuencia que la decisión pública ha tenido un impacto negativo en un derecho o interés subyacente de importancia fundamental para su vida¹⁸⁴. Hoy en día, el Estado administrativo regula importantes aspectos de las vidas de las personas, por lo que es difícil encontrar un acto o decisión administrativa que no repercuta en alguno de sus valores o intereses fundamentales. Esto es especialmente cierto en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, como dijimos, se conciben como indivisibles de los derechos de autonomía en una Constitución *common law*. La adjudicación o cancelación de licencias y las decisiones disciplinarias, por ejemplo, tienen graves repercusiones en el progreso profesional de las personas, del mismo modo que los planes de ordenación urbana o la regulación financiera afectan al disfrute pacífico de las posesiones¹⁸⁵.

Por último, la bifurcación del Derecho público parece presuponer que los casos en donde están implicados los derechos fundamentales exigen siempre una evaluación más intensiva de las justificaciones. Sin embargo, como señala el propio Taggart, en estos casos también es necesaria una revisión de intensidad variable según la gravedad del impacto de la decisión pública sobre el derecho afectado en cuestión¹⁸⁶. No hay lugar para ningún tipo de deferencia, por ejemplo, cuando está en juego el derecho a la integridad física y psicológica de las personas. En un caso donde se revise la devolución de una persona a un país donde puede ser torturado, cualquier tribunal deberá exigir toda la evidencia disponible para probar que existe un riesgo real de sufrir tortura en su país de origen. Se exigirá, en cambio, un escrutinio mucho menor donde se tenga que decidir, por ejemplo, si una decisión disciplinaria es proporcionada, exigiendo un umbral de justificación más bajo. En definitiva, la distinta intensidad de la revisión judicial es aplicable a todo el Derecho público y no cabe distinguir dos tipos de intensidad según se trate de casos con o sin derechos en juego¹⁸⁷. Un caso, por ejemplo, en el que se revise la falta de aplicación del principio de confianza legítima por parte de la administración, donde no hay ningún derecho afectado, pero donde el cambio de sentido de la actuación ha producido graves perjuicios para las personas afectadas, deberá requerir un escrutinio más estricto que la interferencia leve en un derecho de propiedad por un plan de ordenación urbana.

¹⁸⁴ Ibid., 105-106.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Taggart (2008), 433.

¹⁸⁷ Hunt (2009), 107.

D. El imperio de la Ley como empresa colaborativa

Después de haber analizado los elementos centrales de la teoría de la legalidad como razón pública, trataré de describir el modo en que se conciben, según dicha teoría, los papeles de los legisladores y los tribunales en el modelo colaborativo de constitucionalismo. Para empezar, considero muy relevante a este respecto la distinción que hace Eugenio Bulygin entre un sentido normativo y otro descriptivo de la noción de validez jurídica. De acuerdo con Bulygin, la validez de las normas jurídicas se puede entender, o bien como la naturaleza obligatoria de la norma en cuestión, o bien como la pertenencia de una norma a un sistema jurídico (o aplicabilidad) ¹⁸⁸. Una norma puede no pertenecer al sistema jurídico y ser, sin embargo, obligatoria de acuerdo con normas de ese mismo sistema. Así, por ejemplo, algunas leyes de un sistema jurídico extranjero pueden ser obligatorias en ciertos casos de acuerdo con el Derecho internacional privado. Del mismo modo, según Bulygin, las leyes inconstitucionales son inválidas en el sentido de que no pertenecen al sistema jurídico, dado que son incompatibles con los valores fundamentales constitucionales; sin embargo, su observancia y aplicación puede ser obligatoria si no son anuladas en la forma establecida por el propio sistema.

Creo que la colaboración entre los poderes políticos y judiciales se podría entender a partir de este doble sentido de la idea de validez jurídica. El modelo colaborativo presupone la cooperación de agentes decisores independientes, pero con papeles y tareas complementarias entre sí. En este modelo (como en cualquier modelo de constitucionalismo judicial), la revisión de constitucionalidad cumple la función de exigir la congruencia necesaria entre las leyes y los valores fundamentales del imperio de la Ley (o de la Constitución escrita, según sea el caso), declarando la no pertenencia al sistema jurídico de las leyes que sean incompatibles con tales valores; ahora bien, en el modelo colaborativo (a diferencia de lo que ocurre en los modelos de supremacía judicial) las leyes incompatibles no pierden automática o necesariamente su fuerza obligatoria, puesto que pueden seguir siendo aplicables obligatoriamente si así lo desea el legislativo. Las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad (o de incompatibilidad) de las leyes se refieren a la validez jurídica en un sentido que no depende de la autoridad formal de su productor, sino de la congruencia

¹⁸⁸ Bulygin (1991), 363-365. En realidad, el autor distingue, basándose en la obra de Kelsen, entre tres definiciones de “validez” jurídica: concordancia con la norma superior (es decir, legalidad), obligatoriedad (o deber de aplicación) y vigencia (o existencia específica de la norma). Para el argumento que sigo en el texto principal es suficiente la distinción entre los dos primeros sentidos.

o compatibilidad de tales disposiciones con los valores fundamentales de dicho sistema. Que estas declaraciones judiciales puedan ser desobedecidas, con el mantenimiento o la creación de una legislación ordinaria que colisiona con ellas, implica una cultura política con un alto grado de respeto a las decisiones parlamentarias. Sin embargo, este hecho no menoscaba el estatus superior de dichos valores fundamentales, ni debilita el deber que tienen los jueces de protegerlos siempre. Los jueces cumplen su papel, podríamos decir, poniendo en evidencia la decisión del legislativo o del gobierno de actuar fuera del imperio de la Ley.

La teoría de la legalidad como razón pública rechaza una rígida división de poderes; por el contrario, defiende la interdependencia de los tres poderes del Estado como socios de una misma empresa colaborativa¹⁸⁹. En este sentido, esta teoría reivindica las ideas sobre el papel judicial que fueron expuestas por la escuela del proceso jurídico, al menos en la versión de Alexander Bickel y Lon Fuller. Esta escuela de pensamiento jurídico se ocupó “de la función institucional que corresponde al modo judicial de resolver disputas” dentro del marco constitucional¹⁹⁰. En esta tradición destaca, en primer lugar, Bickel, el autor que formuló más claramente la objeción anti-mayoritaria contra el constitucionalismo de supremacía judicial, y a quien se debe las ideas clave para su superación a través de un modelo colaborativo de revisión.

Según Bickel, para definir adecuadamente el papel de los tribunales en una democracia, “se debe buscar una función [...] que difiera de las funciones legislativa y ejecutiva; que se corresponda en particular con las capacidades de los tribunales; que no haya probabilidad de que se realice si éstos no la asumen”¹⁹¹. El papel de los tribunales ha de ser distinto y complementario al del legislativo, por lo que no deberían tratar de duplicar los esfuerzos de éste por reflejar la voluntad de la mayoría. Para Bickel, los tribunales tienen un papel constitucional irrenunciable en la protección de los valores fundamentales. Su papel no es meramente subordinado o formal, puesto que consiste en definir y aislar los valores y

¹⁸⁹ En este sentido, la legalidad como razón pública asume *la tesis de la fidelidad* de Postema, según la cual, “someterse al imperio de la Ley es someterse a un sistema de recíproca rendición de cuentas”, un sistema que implica a cada uno de los miembros de la comunidad “debido al hecho de que el bien de un sólido imperio de la Ley es esencialmente un bien *público* cuyos beneficios solo pueden ser alcanzados mediante cooperación. El mantenimiento del gobierno del Derecho es una empresa cooperativa; los esfuerzos de uno pueden contribuir a la empresa pero su éxito dependerá también de los esfuerzos cooperativos dispuestos por los demás”, Postema (2014), 9, 12 (énfasis en el original).

¹⁹⁰ Roux (2013), 59. No obstante, cabría distinguir dos etapas en esta escuela de pensamiento. En los escritos de Henry Hart y Albert Sacks de finales de los años 50, la tradición del proceso jurídico se asocia con una concepción positivista del Derecho, así como con una simple y clara separación de poderes entre jueces y legisladores. En los años 60 y 70, sin embargo, tanto Bickel como Fuller conciben una interacción de los poderes públicos que rechaza los elementos positivistas de la tradición del proceso jurídico, y donde los tribunales tienen un papel importante y específico en el gobierno democrático. Roach (2007), 453. Para un estudio de la obra clásica de Hart y Sacks, *The Legal Process*, puede verse Roach (1997).

¹⁹¹ Bickel (1986), 24.

principios perdurables de la comunidad. Al mismo tiempo, su función no se limita a aplicar esos principios de manera unilateral, sino que deben colaborar con las otras ramas del gobierno en la evolución y consolidación de tales principios. Para Bickel, la única revisión judicial legítima es aquella “cuyo ejercicio no rebaja la calidad del desempeño de otros departamentos despojándoles de la dignidad y la carga de sus propias responsabilidades”¹⁹². De donde se deduce un tipo de constitucionalismo que, si bien considera a los tribunales como el foro idóneo para controlar las leyes y la acción gubernamental a partir de los principios y valores fundamentales de la sociedad, no deja de reconocer, al mismo tiempo, que la revisión judicial ha de lograr “algún grado de consonancia” con la idea “por la que viven las democracias”: la idea, “central en el proceso de obtener el consentimiento de los gobernados, de que la mayoría tiene el poder último”¹⁹³.

Bickel sólo reconoce una separación “parcial” de las funciones legislativa y judicial, que “no pueden ni necesitan compartimentarse rígidamente”¹⁹⁴. Para Bickel, el ‘gobierno bajo la Ley’ (*the rule of law*) significa, en su esencia, que las leyes y los actos administrativos deben perseguir el interés general y la satisfacción de las necesidades materiales en cada momento histórico teniendo en cuenta su influencia en los valores que la sociedad considera como sus intereses más generales y permanentes (los valores perdurables, “*enduring values*”)¹⁹⁵. La realización y el mantenimiento de estos valores no es función exclusiva de los jueces, sino un proyecto común de los tres poderes del Estado. Aunque se trata de instituciones separadas, la efectividad del conjunto exige un cierto grado de superposición e intercambio. Las asambleas legislativas a menudo no actúan sobre principios. La presión por tener resultados inmediatos con frecuencia lleva a los legisladores a preferir la conveniencia política a la visión a largo plazo. Los tribunales de justicia, en cambio, tienen una posición “completamente al margen de la lucha inmediata de intereses”; tienen “el tiempo, la preparación y el aislamiento” necesarios para definir los valores perdurables de la sociedad. Por este motivo, están mejor dotados para “el establecimiento y la renovación creativas de un cuerpo coherente de principios” independiente de la voluntad mayoritaria, según las restricciones de la razón¹⁹⁶. Además, la forma que tienen los tribunales de producir Derecho en el contexto del caso concreto, mediante un proceso que “evalúa según crea” (“*tests as it creates*”), supone “un saludable terreno de experimentación

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid., 27

¹⁹⁴ Ibid., 25, 261.

¹⁹⁵ Ibid., 24.

¹⁹⁶ Ibid., 25.

para todas las abstracciones” de la empresa legislativa¹⁹⁷. La opinión de los jueces se produce después de que “las esperanzas y profecías que se expresan en la legislación hayan sido probadas en el funcionamiento real de la sociedad”; las decisiones judiciales se pronuncian “en los casos concretos que ejemplifican las consecuencias reales de las acciones legislativa y ejecutiva”; de este modo, “el tribunal es capaz de probar sus principios a medida que los desarrolla”¹⁹⁸.

Bajo este enfoque, el autor cree que una buena forma de colaborar con las otras ramas del gobierno es que los tribunales encuentren formas para no decidir cuestiones constitucionales particularmente controvertidas. Desde la experiencia constitucional de los Estados Unidos, Bickel identifica y subraya los diversos modos en que el Tribunal Supremo obliga a los legisladores a volver a pensar sus medidas políticas, sin prohibirlas absolutamente. En general, tales técnicas, a las que denomina “virtudes pasivas” o “técnicas para provocar respuestas” (“*techniques for eliciting answers*”), permiten al Tribunal no tomar ninguna decisión concreta (“*stays its hands*”) respecto a la disposición legal o acto ejecutivo en cuestión, dejando así el camino relativamente libre al proceso político¹⁹⁹. En otras ocasiones, los tribunales pueden anular o inaplicar una disposición jurídica por razón de vaguedad (*vagueness*) o porque implica una delegación inapropiada (*impermissible delegation*), permitiendo al legislativo la oportunidad de dejar clara su intención explícita de limitar algún principio constitucional²⁰⁰. Con este tipo de técnicas, los tribunales entran en un “coloquio socrático con las demás instituciones del gobierno y con la sociedad en su conjunto” respecto a la necesidad de un proyecto legislativo, dejando que la cuestión de principio quede “en suspenso y en fase de maduración”²⁰¹. Su función específica es forzar al legislativo a introducir, o a ponderar mejor, en el debate político la cuestión relativa a los principios, obligando a madurar aquellas disposiciones legislativas que consideran más controvertidas desde este punto de vista. Las virtudes pasivas “permiten un margen a la conveniencia política sin abandonar los principios”, haciendo así posible “un gobierno basado en principios”²⁰².

Esta forma de entender la colaboración entre los tribunales y el legislativo nos indica que Bickel no cree que se trate de un diálogo entre iguales, donde ambas partes tienen el mismo derecho a actuar según su propia interpretación de la Constitución. El Tribunal

¹⁹⁷ Ibid., 26.

¹⁹⁸ Ibid., 115.

¹⁹⁹ Ibid., 70.

²⁰⁰ Ibid., 158-181.

²⁰¹ Ibid., 70-1.

²⁰² Ibid., 71.

Supremo juega el papel de Sócrates, mientras que el legislador y la sociedad desempeñan el papel de estudiantes. Esta imagen no es tan paternalista como puede parecer a primera vista, puesto que los estudiantes no son menores de edad, sino que tienen la capacidad de negarse a escuchar al profesor, o incluso de vencerle, siempre que estén dispuestos a asumir las consecuencias de no seguir sus indicaciones. A diferencia del constitucionalismo de supremacía judicial, Bickel parte del hecho de que el Tribunal Supremo habla a través de sentencias finales que deben ser obedecidas, aunque no sean necesariamente la última palabra. La concepción de Bickel de la conversación constitucional otorga a los jueces “una voz fuerte sobre los principios, una voz capaz de resistir a la oposición de la mayoría y a las interpretaciones rivales de las otras ramas del gobierno”²⁰³. La aparente inconsistencia de semejante posición es el ejemplo más expresivo del terreno intermedio que desea ocupar el modelo colaborativo de constitucionalismo: se otorga a los jueces un papel fuerte en el desarrollo y la protección de los principios fundamentales frente a la opinión mayoritaria, pero se invita a los jueces a que provoquen a los legisladores para que sean ellos mismos los que atiendan y protejan *motu proprio* los principios, sin tener que ser obligados a hacerlo.

Desde la teoría de la legalidad como razón pública, las virtudes pasivas vienen a ser la doctrina de la deferencia debida de Bickel, es decir, la doctrina sobre cómo han de gestionar los tribunales su relación con las otras ramas del gobierno, teniendo en cuenta los límites de su propia función dentro del marco constitucional. Como veremos en la tercera parte de este trabajo, una teoría completa de la revisión judicial de constitucionalidad tiene que incluir, junto con la concepción de la justificación apropiada (proporcionalidad), una doctrina sobre los límites institucionales, de competencia y de legitimidad, de los jueces (deferencia debida). Así, en la teoría de Bickel, las virtudes pasivas hacen referencia al “área de elección que corresponde al tribunal a la hora de decidir si, cuando y hasta qué punto adjudicar”²⁰⁴. No se trata, por tanto, como venimos insistiendo, de una deferencia como sumisión o abdicación, sino como respeto a la autonomía de las ramas políticas. Bickel considera la revisión de constitucionalidad (esto es, la evolución y defensa de los principios fundamentales) “como una función política, es más, *como parte de una empresa política colaborativa con las otras ramas del gobierno*”²⁰⁵. Las virtudes pasivas no son medios para mantener separados el Derecho y la política, o para abdicar en el juicio de otros, sino el recurso por el que los tribunales interactúan con los legisladores. Mediante su uso, el

²⁰³ Roach (2001), 248.

²⁰⁴ Bickel (1986), 197.

²⁰⁵ Hickman (2010), 73 (énfasis añadido).

legislativo se ve obligado a tomar los principios en serio, haciendo que éstos “evolucionen conversacionalmente y no se perfeccionen unilateralmente”²⁰⁶.

Los autores estadounidenses que han seguido el enfoque de Bickel se encuentran con la dificultad de que la estructura de la Carta de derechos de su país promueve la supremacía judicial, no el diálogo entre tribunales y legisladores. Por esta razón, recomiendan que el tribunal supremo evite o minimice sentencias constitucionales para permitir que el parlamento tenga la oportunidad de responder a sus decisiones. Guido Calabresi, por ejemplo, propone que los tribunales hagan uso de varias técnicas *common law* bickellianas para forzar al legislativo a reconsiderar aquellas leyes que se han quedado obsoletas o resultan inconsistentes con el nuevo paisaje social o jurídico²⁰⁷. Cuando las leyes infringen derechos fundamentales por “prisa o desconsideración” u “ocultamiento”, Calabresi recomienda el enfoque bickelliano de revisión judicial porque, al exigir a los legisladores que sean claros sobre cómo desean tratar los derechos, promueve la “rendición de cuentas constitucional” y refuerza la democracia²⁰⁸. Calabresi reconoce que la Constitución de Canadá es “un ejemplo magnífico de una constitución esencialmente bickelliana”, puesto que su estructura permite a los legisladores responder a las decisiones constitucionales del tribunal supremo mediante leyes ordinarias que limitan o anulan tales decisiones²⁰⁹. Aunque el autor se refiere únicamente a la cláusula *notwithstanding* de la sección 33, su análisis puede aplicarse también a la sección 1 que requiere que los límites sobre los derechos protegidos se establezcan explícitamente por ley y de manera justificada. Como señala Roach, la rendición de cuentas que promueve Calabresi exige a los legisladores ser sinceros sobre su forma de tratar los derechos tal y como éstos están (provisionalmente) determinados por los tribunales, lo cual es aplicable tanto a las limitaciones de los derechos protegidos, como a las revocaciones de las sentencias judiciales que definen tales derechos²¹⁰.

²⁰⁶ Bickel (1986), 244.

²⁰⁷ G. Calabresi (1982). En este trabajo, el autor hace mención de la sección 2 de la Carta canadiense de 1960, como una forma de hacer efectiva la noción de que “las mayorías deben ser forzadas a hablar a sus componentes de un modo abierto y sincero, antes de que se confirmen las acciones que implican la penumbra de los derechos constitucionales”, *ibíd.*, 18.

²⁰⁸ G. Calabresi (1991), 105.

²⁰⁹ *Ibid.*, 124. En el mismo sentido, cabe citar a Michael Perry: “La innovación canadiense representa un esfuerzo por tener lo mejor de dos mundos: la oportunidad para una consideración judicial deliberativa de un asunto constitucional difícil y quizá divisivo y la oportunidad para una respuesta, en el curso de la política ordinaria, de los agentes electoralmente responsables”, (1993), 158. También cabe citar a Glendon (1991), 164-167.

²¹⁰ Roach (2001), 499.

En Reino Unido, esta exigencia de claridad y justificación se realiza a través de las declaraciones judiciales de incompatibilidad. Como señalamos en la sección dedicada a la tradición *common law*, las cartas de derechos humanos en esta tradición responden a una práctica consolidada de interpretación jurídica según la cual los jueces presuponen que el legislativo y el gobierno no desean incumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sólo una declaración expresa del parlamento en sentido contrario puede vencer dicha presunción *common law*. Las leyes ordinarias de derechos humanos incorporan tales obligaciones internacionales al sistema jurídico nacional, trayendo consigo la misma metodología de interpretación judicial. Además, como apunta Kavanagh, la jurisprudencia de la Cámara de los Lores tiene establecido que, si el parlamento desea violar los derechos del Convenio, no puede hacerlo por implicación, sino que debe hacerlo en los términos más claros posibles²¹¹.

La teoría de la adjudicación de Bickel contiene, como he tratado de hacer ver, las ideas centrales de un modelo colaborativo de constitucionalismo. Pero esta teoría, a su vez, puede enmarcarse en una concepción más amplia, que abarca igualmente una definición de la naturaleza del Derecho, así como una visión del papel que han de jugar el legislativo y el gobierno. Para la teoría de la legalidad como razón pública, esta concepción más amplia se encuentra en la obra de Fuller. La interacción entre los tribunales y las demás ramas del gobierno, así como entre los individuos y los tribunales, está implícita en la concepción de Fuller del Derecho como una empresa colaborativa colectiva.

En su polémica con Hart, Fuller argumentó que sus críticos positivistas tenían una concepción errónea de la naturaleza del Derecho, por cuanto que concebían el fenómeno jurídico a través de un “modelo gerencial” (*managerial model*), según el cual las normas jurídicas eran una “proyección unilateral de la autoridad que procede del Estado y que se impone sobre los ciudadanos”. Frente a esta visión, Fuller afirmó que la idea misma de un sistema jurídico operativo traía consigo, al menos en parte, la de una empresa cooperativa entre el legislador y los ciudadanos, es decir, “la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el destinatario de la ley”²¹².

La perspectiva gerencial, que Fuller atribuyó a Hart y a sus críticos positivistas, no tiene en cuenta los elementos de interacción o reciprocidad entre el gobierno y los ciudadanos. Los procedimientos se dirigen únicamente a los funcionarios y jueces que tienen

²¹¹ Kavanagh cita a Lord Hoffman en *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, 131, Kavanagh (2009), 317.

²¹² Fuller (1969), 209.

que determinar, aplicar y hacer cumplir la ley²¹³. Sólo después de que éstos hayan determinado el contenido del Derecho, entran en escena los sujetos jurídicos, pero no como autores, sino como meros destinatarios de las normas jurídicas. La comunicación del Derecho consiste en transmitir un contenido previamente establecido y amenazar con sanciones si no se cumple. Por el contrario, a partir de una perspectiva interactiva, el imperio de la Ley se vincula con la protección de los ciudadanos, no con la eficiencia de la acción gubernamental. Lo cual nos permite afirmar, como ha señalado John Finnis, una conexión necesaria entre la moralidad interna del Derecho y la justicia sustantiva, por cuanto que el imperio de la Ley trae consigo la realización de los valores de reciprocidad, equidad y respecto a las personas:

La idea del imperio de la ley se basa en la noción de que una cierta calidad en la interacción del gobernante y los gobernados, que conlleva reciprocidad y equidad procedimental, es valiosa por sí misma; no es meramente un medio para otros fines sociales, y no puede sacrificarse a la ligera en beneficio de esos otros fines²¹⁴.

Bajo este mismo enfoque, la teoría de la legalidad como razón pública reconoce el importante papel que tienen los jueces en la resolución de las cuestiones sustantivas sobre derechos, al tiempo que enfatiza la interdependencia entre los tribunales y las ramas políticas del gobierno. Trata de ocupar, por tanto, un terreno intermedio entre el constitucionalismo de supremacía judicial y la revisión judicial “débil” del constitucionalismo político. En este modelo constitucional:

Los jueces retienen un importante papel en este proceso, pero un papel que les convierte sólo en una parte del proceso de determinación del Derecho. Los jueces no deben ver al legislativo y la administración como enemigos del Derecho, sino como colaboradores en la determinación de lo que el Derecho es²¹⁵.

Ninguna institución del sistema jurídico tiene el monopolio sobre la mejor interpretación del Derecho. Los jueces deben deferir a la interpretación de la Constitución por parte del legislativo, o a la interpretación administrativa de las leyes, siempre que el legislativo o la administración ofrezcan una justificación razonable de sus interpretaciones.

²¹³ Dyzenhaus (1996), 171.

²¹⁴ Finnis (1980), 273-274.

²¹⁵ Dyzenhaus (1996), 177.

5.

Una réplica al constitucionalismo político

Con el nombre de ‘constitucionalismo político’ se suele designar la posición de una serie de autores muy influyentes en los debates contemporáneos de teoría política y del Derecho. Estos autores coinciden en afirmar que las formas democráticas de gobierno sirven para resolver del mejor modo no sólo los desacuerdos razonables sobre los proyectos políticos, sino también los inevitables desacuerdos sobre la aplicación de los principios constitucionales en los casos particulares. Desde la perspectiva del constitucionalismo político, los desacuerdos razonables sobre estas cuestiones “deben resolverse del mismo modo que los desacuerdos sobre otros asuntos políticos: a través de debates abiertos y con la toma final de decisiones a cargo de funcionarios elegidos democráticamente”¹. Según esta posición, la interpretación de los derechos es una cuestión esencialmente política, por lo que el parlamento debe considerarse el foro más legítimo y mejor preparado para la determinación de su contenido y alcance, dado que, a diferencia de los tribunales, los legislativos responden de sus decisiones ante el electorado y tienen más capacidad para un tipo de razonamiento moral pleno y no centrado únicamente en el Derecho relevante.

A pesar de ello, algunos defensores del constitucionalismo político aprueban una forma ‘débil’ de revisión judicial de constitucionalidad, en la cual el legislativo tiene la capacidad de responder, mediante leyes ordinarias, a las especificaciones de los jueces sobre el significado de la Constitución. En este capítulo me centraré en la posición de estos autores, tomando como referencia especialmente las teorías de Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Mark Tushnet y Jeffrey Goldsworthy. En la primera sección trataré de hacer ver que esta posición teórica no ofrece una base adecuada para fundamentar un modelo colaborativo de revisión. Su defensa de la supremacía parlamentaria les hace ser especialmente críticos con el activismo judicial, de tal modo que tienden a concebir las técnicas de interpretación judicial como formas de atenuar lo más posible el poder de los tribunales.

¹ Tushnet (2013), 2250.

Desde la teoría de la ‘legalidad como razón pública’ también se defiende una forma ‘débil’ de revisión judicial, pero dicha ‘debilidad’ se entiende de un modo bien distinto. Según esta concepción, el valor de un modelo colaborativo de constitucionalismo reside en que es capaz de promover una interacción ‘fuerte’ entre los poderes del Estado, para lo cual, como vimos, resulta imprescindible abandonar la noción de ‘soberanía’ o ‘supremacía’ como fundamento de la autoridad del Derecho. Para la teoría de la legalidad como razón pública, la cuestión del diseño constitucional no gira en torno a quién debe tener la autoridad final para decidir las limitaciones de los derechos, sino cuál es la estructura institucional que, teniendo en cuenta las consideraciones democráticas, sirve mejor para la adecuada justificación de tales limitaciones.

En las secciones segunda y tercera intentaré dar respuesta a los principales argumentos del constitucionalismo político contra cualquier tipo de revisión judicial ‘fuerte’ de las leyes. Para ello, distinguiré dos planos de discusión interconectados, el de la *ilegitimidad* democrática y el de la *distorsión* del discurso político. En el primero veremos dos tipos de argumentos: uno de tipo deontológico, basado en el valor intrínseco de la igualdad política, y otro de carácter consecuencialista, que critica los efectos de la revisión judicial en la calidad de un sistema democrático. En el plano de la distorsión del debate público, los argumentos del constitucionalismo político se refieren a la deformación de los debates legislativos a causa del control judicial de las leyes.

A. La revisión judicial ‘débil’ como colaboración institucional

Según la tesis central del constitucionalismo político, los límites constitucionales al poder gubernamental deben ser de naturaleza predominantemente política, garantizados mediante los mecanismos de *check and balance* que puedan crearse dentro del funcionamiento ordinario del sistema político mismo y, especialmente, mediante la rendición electoral de cuentas. No obstante, algunos defensores del constitucionalismo político han asumido una concepción de la legalidad en la que se incluyen unos principios jurídicos que constriñen la capacidad normativa del legislativo, aceptando incluso que puede haber buenas razones para que los órdenes jurídicos adopten una declaración formal de derechos. De este modo, dichos autores han podido elaborar una concepción de la legalidad que coincide en gran medida con la teoría de la legalidad como razón pública.

Waldron, por ejemplo, defiende la existencia de una conexión necesaria entre la idea de Derecho y el ideal del imperio de la Ley. Según Waldron, la noción nuclear para

comprender el concepto de Derecho no es la de un conjunto de normas con un significado establecido que ha de transmitirse sin interferencias a sus destinatarios, sino la de un modo de gobierno u ordenación social cuyo valor intrínseco reside en que impone unos principios que exigen reciprocidad entre el gobernante y los gobernados, unos principios morales que respetan la dignidad de estos últimos como agentes racionales autónomos². De ahí que este autor defienda una concepción de la legalidad que incide en los aspectos procedimentales y argumentativos que caracterizan el *modus operandi* de un sistema jurídico. Según Waldron, las características definitorias del Derecho (lo que podríamos considerar como los límites en el uso del concepto ‘Derecho’) se encuentran en los más prominentes requisitos del ideal del imperio de la Ley: congruencia, sistematicidad, generalidad, publicidad y ‘proceso debido’. Tales requisitos provienen de la práctica misma de la legalidad, de los principios inmanentes a un sistema jurídico en funcionamiento; permiten argumentar sobre la aplicación de las normas jurídicas y confrontar distintas interpretaciones sobre lo que implica una aplicación fiel de las mismas³. De este modo, la concepción del imperio de la Ley de Waldron, al igual que la de Dworkin y Fuller, enmarca, promueve e institucionaliza una “cultura de la argumentación”⁴.

Desde un planteamiento más próximo a las tesis del republicanismo cívico, Bellamy concibe la legalidad como una disciplina procedimental, que impone la igual participación en la confección de las leyes. Según este autor, la razón pública de una democracia impone “un proceso debido que reconoce el derecho moral de todos los ciudadanos por igual a ser considerados como razonadores autónomos”⁵. Esta concepción procedimental de la razón pública responde al deseo constitucionalista de garantizar los derechos y el imperio de la Ley tratando a todos como iguales. Sin embargo, en lugar de intentar establecer las instituciones que son el trasunto de una visión sustantiva de los derechos supuestamente necesarios para mostrar dicha igualdad, se trata de implantar los procedimientos equitativos e imparciales que dan igual peso a todas las perspectivas. En otras palabras, “el objetivo es ofrecer oportunidades al público para razonar, en lugar de especificar un tipo privilegiado de razonamiento público”⁶. Para Bellamy, el imperio de la Ley depende del autogobierno democrático de las personas. Es decir, lejos de ser algo extraño o una restricción necesaria al gobierno democrático, el imperio de la Ley se produce a partir de los procedimientos

² Waldron (2008), 28, 40.

³ Ibid., 8, 56.

⁴ Ibid.

⁵ Bellamy (2007), 178.

⁶ Ibid.

democráticos en los que las distintas visiones de cada uno se enfrentan y se ponderan de un modo imparcial. Tales métodos democráticos juegan un papel negativo y positivo. Por el lado negativo, ofrecen un mecanismo de control. Obligan a los gobiernos a justificar por qué no se toman en serio los intereses de la gente, o por qué no se trata a todos con igual consideración y respeto. Por el lado positivo, estos procedimientos informan a los gobiernos y a los ciudadanos sobre los intereses y valores de cada uno, permitiendo así que se les preste la debida consideración al deliberar sobre normas y proyectos políticos comunes. Para Bellamy, por tanto, lo importante para preservar la igualdad y la libertad no es que las leyes sean generales, abstractas y universalizables, sino que cualquier decisión pública sea justificable de un modo mutuamente aceptable y obligue de manera igual y consistente a todos aquellos a quienes se aplica. La razón pública no implica una forma común de razonamiento, sino sencillamente “el recíproco dar y responder a las razones de otros que supone el uso de procedimientos públicos que tratan a todos por igual”⁷.

Ahora bien, en esta cultura de la argumentación o razón pública procedimental, Waldron y Bellamy rechazan el poder de los tribunales para inaplicar las leyes que consideran inconstitucionales, o para hacer una interpretación ‘correctiva’ de ellas, con el fin de hacerlas compatibles, hasta donde sea posible, con los derechos protegidos. En palabras de Waldron, un control judicial ‘fuerte’ implica “la autoridad para declinar la aplicación de una disposición legal en un caso particular [...] o para modificar los efectos de una disposición legal para hacer su interpretación conforme con los derechos individuales (en direcciones que la ley no prevé)”⁸. Según Waldron, las democracias actuales se caracterizan por lo que denomina “las circunstancias de la política”, es decir, por la búsqueda de criterios compartidos que permitan concertar una acción colectiva, pero en un contexto de profundo desacuerdo acerca de la justicia⁹. En estas circunstancias, una revisión judicial ‘fuerte’, que incluya una interpretación judicial ‘constructiva’ al estilo de la teoría de la adjudicación de Dworkin, implicaría la posibilidad de que los tribunales impusieran sus concepciones de la justicia, ignorando así los criterios compartidos para la resolución de las cuestiones controvertidas de moralidad política.

Según Waldron, Dworkin ha hecho una contribución sustancial a la filosofía jurídica y política, al hacer ver que el marco procedimental que permite la discusión disciplinada sobre el Derecho puede traer consigo la incorporación al sistema jurídico de una mezcla

⁷ Ibid., 82.

⁸ Waldron (2006b), 1354.

⁹ Waldron (1999), 102.

de principios irreconciliables. Sin embargo, Waldron no cree que la mejor prescripción frente a este problema sea la virtud de la integridad dworkiniana. Según el imperativo de la integridad de Dworkin, los legisladores y los jueces, a pesar de ser conscientes del desacuerdo sobre la justicia, deben presentar el conjunto completo de las leyes del país como si transmitiesen una única concepción de la justicia que tenga sentido en sus propios términos¹⁰. Dicha prescripción exige que las concepciones en disputa sobre la justicia incluidas en un sistema jurídico se puedan incorporar (aunque en tensión) dentro de una única concepción compleja sobre la justicia, lo cual presupone, según Waldron, una cierta homogeneidad moral, es decir, un consenso moral sobre la justicia que vendría a contradecir el desacuerdo que originó precisamente la prescripción de coherencia. Las concepciones rivales sobre la justicia (como las de los conservadores y los socialdemócratas) son, para Waldron, visiones antagónicas acerca del modo de reconciliar principios en competencia (como los de autonomía y solidaridad), razón por la cual los jueces no pueden apoyarse en el Derecho para justificar de manera coherente sus decisiones en los casos difíciles¹¹.

Frente a la prescripción de la integridad, Waldron propone asumir la tesis sobre la interpretación judicial del positivismo ‘excluyente’¹². Así lo requiere, según el autor, el respeto a la producción democrática de las leyes o, lo que es lo mismo, a la dignidad y la autoridad de una legislación que es el resultado del encuentro y la deliberación, a través de asambleas legislativas, de las distintas concepciones de la justicia que existen en la sociedad¹³. Para identificar el Derecho válido en una sociedad democrática, los jueces no deben entrar a considerar las razones que justifican los enunciados jurídicos, puesto que estas razones son precisamente el objeto del desacuerdo; por el contrario, los tribunales han de fijarse únicamente en la forma en que se han producido tales enunciados. Además, deben interpretar el texto jurídico según el significado convencional de las palabras dentro del contexto de las oraciones en que aparecen. Para Waldron, igual que para Joseph Raz, el Derecho posee autoridad no por las razones morales que subyacen al mismo, sino por sus propiedades formales (es decir, nos provee de una razón de segundo orden que pone fin al debate sustantivo, permitiendo así la acción colectiva), por lo que el juez no debe recurrir a la argumentación moral para su interpretación; si lo hiciera, no estaría respetando a los que

¹⁰ Dworkin (1986), 165-167.

¹¹ Esta crítica de Waldron a Dworkin toma como punto de partida la perspectiva escéptica de los Estudios Críticos del Derecho, (1999), 194-195; (2006a).

¹² Generalmente, se conoce como positivistas jurídicos “duros” o “excluyentes” a aquellos teóricos que inciden en la tesis de las fuentes sociales del Derecho: “los criterios de legalidad deben identificar siempre lo que es Derecho exclusivamente a partir de su origen social, y deben poder implementarse sin recurrir al razonamiento moral”, Shapiro (2012), 160-161.

¹³ Waldron (1999), 9-10.

están en desacuerdo. La prescripción de Waldron, por tanto, en las circunstancias de la política, consiste en minimizar las oportunidades en las que es necesario recurrir a la argumentación moral para determinar el contenido del Derecho.

Bajo una perspectiva similar, Bellamy critica el constitucionalismo de supremacía judicial, porque, según él, sustituye el gobierno de los ciudadanos iguales por el gobierno de los jueces, convirtiendo así el imperio de la Ley en el imperio de una élite no representativa a partir de sus propias concepciones de lo que el Derecho debería ser¹⁴. En las circunstancias de la política, la cuestión central es, según este autor, dar respuesta al “desafío de Hobbes”: no podemos evitar reconocer el poder de una u otra institución para ser nuestro soberano, es decir, para actuar de un modo arbitrario¹⁵. Ante este desafío, dice Bellamy, sólo caben dos opciones: o bien creemos que “la mera naturaleza del Derecho implica ciertas normas que pueden guiar en todos los casos, orientando la discrecionalidad judicial” –y que el compromiso con el imperio de la Ley obliga a gobernar siempre bajo una serie de formas jurídicas-, o bien pensamos que “el proceso político mismo puede conducir a los legisladores a no gobernar únicamente en su propio interés o en el de sus partidarios”¹⁶. El constitucionalismo político de Bellamy mantiene esta segunda postura. Para este autor no existe diferencia significativa alguna entre ‘legalidad’ (Derecho *stricto sensu*) y ‘legislación’; los jueces y los políticos piensan y actúan de formas similares; la revisión judicial ‘fuerte’ no es sino “política por medios legales”¹⁷. Por lo tanto, la única solución al desafío de Hobbes consiste en dividir el poder de manera que las autoridades públicas (legisladores, funcionarios y jueces) no lo puedan emplear de un modo soberano y, por tanto, potencialmente arbitrario. “Sólo la democracia supera el desafío de Hobbes obligando a los ciudadanos a tratarse entre sí en términos iguales como gobernantes y gobernados alternativamente, en lugar de hacerlos capaces de una dominación arbitraria”¹⁸. El imperio de la Ley es, en su sentido más genuino, el gobierno democrático.

Como alternativa a la revisión judicial ‘fuerte’, Waldron y Bellamy defienden la versión británica del modelo colaborativo, donde los jueces tienen la capacidad de realizar una declaración de incompatibilidad de las leyes. Para estos autores, los jueces pueden tener un papel legítimo en la interpretación constitucional, siempre que sea un papel subordinado

¹⁴ Bellamy (2007), 53.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Bellamy (2011), 90. Bellamy es muy crítico con la teoría de la adjudicación judicial de Dworkin. Por una parte, el autor rechaza la distinción entre principios y políticas públicas que sirve de base a la concepción dworkiniana. Por otra, critica la idea de que siempre es posible encontrar en el Derecho la respuesta correcta de los casos difíciles y que, por tanto, no existe la discrecionalidad fuerte de los jueces. *Ibid.*, 91; (2007), 74-79.

¹⁸ *Ibid.*, 83.

al legislador democrático. Con la declaración de incompatibilidad, los jueces pueden reforzar la concienciación con la que el parlamento delibera sobre los derechos protegidos. Como señala Waldron, la virtud de tal institución es ofrecer un “mecanismo de alerta”¹⁹. Del mismo modo, Bellamy ve en la sección 4 de la Ley de Derechos Humanos británica la clave de una revisión judicial ‘débil’:

[La Ley de Derechos Humanos] debe leerse como reforzando [...] el constitucionalismo político. La Sección 19 [que establece la preceptiva declaración de compatibilidad del ministro responsable del proyecto de ley] y el proceso que se ha desarrollado en torno a ella refuerzan la escrupulosidad con que el Parlamento delibera sobre los derechos. La Sección 3 (1) refuerza los aspectos basados en derechos de la función judicial. Sin embargo, los tribunales también tienen la capacidad de reforzar aún más las responsabilidades del Parlamento a través de la sección 4 –usándola tanto para señalar cuándo creen que se debe aconsejar al Parlamento, a la luz de un caso dado, que reconsidere su proyecto, como para indicar dónde creen que el ejecutivo puede haber sobrepasado su autoridad y ha de sujetarse a un escrutinio adicional por parte del Parlamento²⁰.

Para estos autores, la citada sección 4 se presenta como un recurso para activar el diálogo entre las distintas ramas del gobierno. Ofrece a los jueces la posibilidad de informar a las ramas políticas que, a pesar de haber considerado sus argumentos en contra, estiman que la disposición jurídica bajo escrutinio es incompatible con los derechos protegidos. De este modo, se reconoce a los jueces la capacidad para proponer una cierta determinación de los derechos, pero dejando siempre que el parlamento y el gobierno puedan sustituir dicha determinación a favor de su propia interpretación. En estas condiciones, la participación de los jueces en el debate constitucional debería aceptarse de manera habitual y no problemática²¹.

Sin embargo, y aquí comienzo a desarrollar mi crítica, desde esta concepción no se entiende por qué debemos consultar a los jueces sobre las cuestiones constitucionales. En realidad, lo que parece más consistente con la posición del constitucionalismo político, sería

¹⁹ Waldron (2009), 24; (2006), 1355, 1370.

²⁰ Bellamy (2011), 111.

²¹ En palabras de Tom Campbell: “Si se acepta como un lugar común el desacuerdo moral sobre cuál ha de ser el significado de las disposiciones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, dada la naturaleza inherentemente controvertida de las cuestiones que deben determinarse al hacer tales interpretaciones, entonces debería reconocerse que los tribunales sólo tienen derecho a hacer determinaciones provisionales acerca de lo que nos exigen hacer los derechos humanos que se afirman en el Convenio. Los gobiernos electos, tras un debate público, pueden, con plena corrección, desafiar e invalidar dichas determinaciones judiciales”, (2001), 99.

defender no sólo que el legislativo tenga la última palabra, sino también la única. Los autores que, partiendo de las premisas del constitucionalismo político, buscan un equilibrio entre la democracia y la protección judicial de los derechos, tienden a concebir la interpretación constitucional como un juego de suma cero: cuanto más protagonismo demos a los jueces, menos autoridad tendrá el parlamento, y viceversa. En definitiva, lo contrario a una teoría de base cooperativa. Más que un argumento normativo, lo que estos autores parecen ofrecer es una “prescripción pragmática”²², a la vista de la imposibilidad de desterrar del constitucionalismo contemporáneo la existencia de estándares sustantivos de revisión de las leyes²³. Las técnicas de interpretación judicial se conciben, desde esta concepción, como procedimientos encaminados a limitar el ámbito de una actividad no deseable en la que los jueces no tienen más remedio que entrar.

A mi modo de ver, esta forma de fundamentar la intervención judicial no logra dar cuenta adecuadamente del papel de los jueces en el actual paradigma constitucional. En efecto, no me parece coherente tratar de minimizar la argumentación moral en la determinación judicial del Derecho, cuando en la práctica los tribunales operan dentro de órdenes jurídicos en los que se incluye la protección de los derechos humanos. Como señala Dyzenhaus, cuando la legislación o una Constitución escrita incluyen explícitamente una serie de valores morales, el estilo de razonamiento que se impone a los jueces es el que corresponde al “espacio conceptual de la tradición *common law*”²⁴. En dicha tradición, el Derecho es un registro inagotable de razones morales donde los jueces siempre han tenido la obligación de interpretar las leyes de acuerdo con su propia comprensión de los principios constitucionales. La inconsistencia de Waldron y Bellamy radica, desde mi punto de vista, en reconocer y asumir que éste es el espacio conceptual en el que han de operar los jueces en una democracia constitucional y, sin embargo, prescribir un estilo de razonamiento judicial que sólo tiene sentido desde una comprensión del Derecho en la que todo el Derecho es Derecho positivo.

Tal como lo plantea Bellamy, el constitucionalismo político parte de una concepción hobbesiana de la soberanía –como autoridad final que ‘define el Derecho’–, desde la cual el mantenimiento del imperio de la Ley se concibe como una cuestión de igualdad de poder y de máxima inclusión. Según Bellamy, la cuestión de la autoridad plantea un problema (“el

²² Shinar (2009), 418.

²³ Así lo declara expresamente Tushnet, al tratar de explicar su propia evolución desde el rechazo frontal a la revisión judicial de constitucionalidad, que defendió en un primer momento (1999), a la aceptación posterior de un modelo de revisión judicial ‘débil’ (2008). Según el autor, tuvo que reconsiderar su primera posición “a la luz de su inconsistencia con los requerimientos del constitucionalismo contemporáneo”, (2013), 2251, n. 6.

²⁴ Dyzenhaus (2008), 143; (2010), 199.

desafío de Hobbes”) que es esencial para alcanzar los fines del constitucionalismo. Para este autor, sólo el reparto democrático de poder puede impedir que éste se use de modo soberano y, por tanto, arbitrario. Sin embargo, Hobbes no plantea la soberanía en los términos de un ‘poder arbitrario’. Por el contrario, cabría recordar la función que otorga Hobbes a las “leyes naturales” en los capítulos 14 y 15 del *Leviathan*, para encontrar en él un defensor de la primera de las dos posiciones que describe Bellamy ante “el desafío de Hobbes”: “la mera naturaleza del Derecho implica ciertas normas que pueden guiar en todos los casos, orientando la discrecionalidad judicial”²⁵. Hobbes describe las normas morales inherentes a la mera idea de un orden jurídico como una ‘legalidad’ distinta y superior a la ‘legislación’, de tal manera que los jueces deben interpretar el contenido del Derecho válido a partir de estas normas morales. Como señala Dyzenhaus, “el Derecho tiene para Hobbes su propia legitimidad –la legitimidad que proviene de la satisfacción de los principios morales inherentes al gobierno del Derecho y que hoy denominamos legalidad”²⁶. Aunque Hobbes rechaza que el soberano deba justificar a sus súbditos las violaciones de esa legalidad superior, el soberano hobbesiano ha de gobernar por medio del Derecho si desea comunicar su voluntad a sus súbditos, y los jueces tienen el deber de interpretar las leyes de acuerdo con su comprensión de las leyes de la naturaleza.

Con todo, sea cual fuere la lectura más fiel del *Leviathan*, lo cierto es que las dos posiciones descritas por Bellamy frente al “desafío de Hobbes” reflejan dos concepciones distintas de la autoridad pública –una basada en el poder, la otra en la razón. La primera se interesa por quién es la autoridad final en la determinación del Derecho; la segunda atiende a lo que debe valer como justificación adecuada. Y mientras la primera se ocupa principalmente de negar la autoridad final a los jueces por consideraciones democráticas, la segunda pone el acento en exigir el escrutinio judicial de las leyes y las decisiones públicas en la medida en que interfieran en los derechos fundamentales. El escrutinio judicial basado en derechos define, como vengo insistiendo, el paradigma constitucional contemporáneo después de la Segunda Guerra Mundial. Dentro de este paradigma aparece un *continuum* de formas institucionales que va desde la versión más ‘fuerte’, donde los jueces tienen autoridad para anular o no aplicar legislación válida, a su versión más ‘débil’, donde los jueces tienen autoridad para interpretar la legislación constructivamente, es decir, de manera que sea compatible con los derechos humanos. El constitucionalismo que Waldron y

²⁵ Bellamy (2007), 53.

²⁶ Dyzenhaus (2010), 210.

Bellamy rechazan no sería sino la versión más fuerte de una cultura de la legalidad basada en la justificación.

B. La ilegitimidad democrática de la revisión judicial

a) El argumento basado en los derechos

Según Waldron, si partimos de una concepción de los derechos constitucionales como intereses fundamentales de los individuos que merecen protección, resulta inconsistente que, dado el desacuerdo razonable y persistente sobre el contenido y el alcance de tales derechos, se acuerde adoptar una revisión judicial ‘fuerte’ de constitucionalidad de las leyes. El argumento con el que el autor respalda su posición es suficientemente conocido: no podemos querer proteger mediante leyes los derechos de un sujeto autónomo, y luego negar a ese sujeto (a través de la anulación judicial de la legislación o de la acción del gobierno) la participación en la interpretación constitucional. La aplicación judicial de los derechos es inconsistente con el derecho democrático a participar sobre una base equitativa en la producción de decisiones públicas, puesto que no cabe concebir a las personas como seres activos y racionales, portadores de derechos fundamentales, y luego no confiar en las decisiones que adoptan tales personas (a través de sus representantes) sobre tales derechos.

Lo más relevante del argumento de Waldron consiste en que utiliza contra el activismo judicial el mismo punto de partida que usualmente se emplea para defenderlo: el respeto a los derechos fundamentales. No obstante, Waldron ha matizado considerablemente este argumento con el paso del tiempo. En un primer momento, lo presentó como un argumento en contra de cualquier tipo de revisión judicial de constitucionalidad, comparando la adopción democrática de una carta constitucional de derechos con la decisión de transformar el gobierno democrático en un gobierno autoritario, al menos en lo concerniente a una serie de cuestiones de moralidad política²⁷. Así planteado, el argumento de los derechos apela directamente a la dignidad de la participación democrática (el valor intrínseco de la igualdad política), con objeto de rechazar la revisión judicial como una cuestión de principio (argumento deontológico): la aplicación judicial de unos derechos atrincherados constitucionalmente es antidemocrática, incluso aunque la declaración formal de tales derechos se haga democráticamente. El derecho de participación no es uno más

²⁷ Waldron (1993), 46, 50.

entre nuestros derechos, sino “el derecho de los derechos”, puesto que es la solución al problema de cómo resolver autoritativamente las disputas sobre derechos en condiciones de persistente y razonable desacuerdo²⁸.

Pero, como han señalado numerosos autores, este argumento no se sostiene sin restringir considerablemente su alcance. En efecto, no parece que quepa esperar un menor desacuerdo razonable sobre los procedimientos de decisión colectiva que sobre las cuestiones de justicia sustantiva²⁹. Si una minoría impugnase la integridad del proceso democrático, no parecería legítimo que tuviera que aceptar como autoritativa la decisión de la mayoría sobre dicha impugnación. La única forma de evitar este problema es acordar una serie de condiciones (relativas a la autonomía de las personas y a los derechos de las minorías) que garanticen la integridad de las decisiones mayoritarias, lo cual conduce indefectiblemente a ubicar ciertos derechos fuera del debate legislativo y defender, desde un punto de vista democrático, su protección por vía judicial. En definitiva, decir que las decisiones colectivas sobre los derechos sólo son legítimas si se adoptan democráticamente, presupone la existencia de una serie de condiciones que aseguran la integridad del proceso democrático y permiten exigir respeto a quienes no están de acuerdo con sus resultados³⁰.

En una formulación posterior, Waldron parece tener en cuenta esta crítica, restringiendo claramente el alcance de su argumento³¹. Bajo este nuevo enfoque, la “cultura de la argumentación” que enmarca e institucionaliza la legalidad incluye un fuerte compromiso con la idea de los derechos individuales y de las minorías, compromiso que puede implicar incluso la redacción de una carta constitucional de derechos³². De este modo, el autor parece reconocer que existen ciertas condiciones jurídicas que disciplinan la democracia, y en cuya aplicación los jueces tienen un papel insustituible. Cuando se dan dichas condiciones, dice Waldron, es legítima una revisión judicial ‘débil’ en la que los tribunales “pueden revisar la conformidad de la legislación con los derechos individuales, pero sin declinar (o moderar) su aplicación simplemente porque de otro modo los derechos serían violados”³³. Según el autor, en los sistemas jurídicos donde existe una Constitución escrita que incluye una carta de derechos fundamentales, y donde no existe el peligro de una discriminación sistemática por parte del legislativo, no es necesario ningún tipo de proactividad judicial.

²⁸ Waldron (1999), 254.

²⁹ Para esta crítica, cabe citar a Raz (1998), 47; Christiano (2000), 520; Kavanagh (2003), 468.

³⁰ En este sentido, véase Ely (1981); Nino (1997), 192-193; Bayón (2004), 79.

³¹ Waldron (2006b).

³² *Ibid.*, 1360.

³³ *Ibid.*, 1355.

La cuestión ya no gira, pues, en torno a si deben constitucionalizarse o no ciertos derechos individuales, sino a cuáles son los mecanismos institucionales más adecuados para la efectiva realización de tales derechos. Waldron ya no tiene en cuenta únicamente el valor intrínseco del derecho a participar en pie de igualdad en las decisiones colectivas, sino que lo compara con el mecanismo anti-mayoritario de la revisión judicial desde un punto de vista pragmático, como sendos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el argumento de Waldron se aproxima a la defensa contextual de la revisión judicial que ha defendido, entre nosotros, Juan Carlos Bayón³⁴. Este argumento se centra en una sociedad en la que existe una cultura política que garantiza el respeto por parte de la mayoría del ejercicio de los derechos, y donde el desacuerdo sólo versa sobre cómo articular el contenido de tales derechos.

En circunstancias como esas no hay razones para esperar que *sistemáticamente* las decisiones [sobre los derechos] de la mayoría parlamentaria deban ser peores que las de los jueces constitucionales. Y si no hay por qué esperar del procedimiento democrático un menor valor instrumental, su superioridad desde el punto de vista de su valor intrínseco debe decantar la balanza en favor de soluciones que den la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria³⁵.

Esta forma de defensa del control judicial de constitucionalidad puede encontrarse también en la obra de Roberto Gargarella³⁶. En la senda de John H. Ely, este autor considera legítima la revisión judicial cuando contribuye al buen funcionamiento del sistema democrático representativo. La proactividad judicial es justificable cuando, y en la medida en que, los procedimientos democráticos resultan defectuosos. Al igual que Ely, Gargarella defiende la regla de la mayoría como el mejor modo de resolver las cuestiones constitucionales sustantivas, y reserva al poder judicial la tarea de reforzar el proceso de reflexión colectiva, manteniendo abiertos los canales de participación y comunicación políticas y protegiendo los derechos de las minorías impopulares³⁷. Sin embargo, Gargarella critica la concepción ‘pluralista’ de la democracia que sostiene Ely, por cuanto que en ella el valor de la democracia reside en garantizar el equilibrio de poder entre los diferentes grupos que componen la sociedad, sin tener en cuenta el valor de la reflexión colectiva como medio

³⁴ Bayón (2004). También en Sunstein (1996), 179 y Goldsworthy (1999), 279 y (2010), 94.

³⁵ Bayón (2004), 130, la cursiva es del original.

³⁶ Gargarella (2012).

³⁷ *Ibíd.*, 169-173. También puede verse Gargarella (2006), 28, donde el autor defiende que la judicatura representa el principal canal de comunicación para los grupos desaventajados, cuando las ramas políticas rechazan oír sus demandas o las ignoran indebidamente.

para mejorar los juicios de los individuos y llegar a decisiones imparciales e ilustradas³⁸. Desde una concepción deliberativa de la democracia, Gargarella defiende una serie de reformas de la revisión judicial y del proceso político que tratan de asegurar el desarrollo de un diálogo público significativo³⁹.

A mi juicio, sin embargo, el argumento de la ilegitimidad democrática de la revisión judicial contiene varios problemas. En primer lugar, pierde de vista el valor intrínseco de la revisión judicial como complemento necesario del sistema democrático. La capacidad de impugnar las leyes y actos administrativos ante un tribunal con poder de revisión de constitucionalidad representa un potente mecanismo de empoderamiento cívico frente a decisiones públicas potencialmente arbitrarias⁴⁰. Lejos de significar la desautorización de los ciudadanos en cuestiones de derechos, la revisión judicial permite a los individuos introducir en el debate público ciertas cuestiones de moralidad política que de otro modo quedarían marginadas o ignoradas, exigiendo ciertos cambios legales que los legisladores no desean o son reticentes a hacer.

De ahí que numerosos autores atraídos por el ideal republicano de la libertad como no-dominación defiendan la legitimidad democrática de la revisión judicial⁴¹. Del mismo modo que el derecho a participar en pie de igualdad en las decisiones colectivas expresa un compromiso con la igualdad política, el derecho a impugnar la constitucionalidad de las leyes es la expresión de un compromiso con la libertad como ausencia de dominación –es decir, el ideal de no estar sujeto a leyes que no podamos aceptar razonablemente. Por eso, al margen de su posible justificación por motivos pragmáticos, como un instrumento que conduce a una mejor protección de los derechos, *la revisión judicial también puede defenderse como una cuestión de principio*. Una democracia sin revisión judicial resulta incompleta. La verdadera inclusión no sólo exige la igual participación en la producción de las decisiones públicas, sino también que tales decisiones puedan justificarse de acuerdo con los compromisos últimos de una sociedad libre y democrática.

Dicho en términos de Mattias Kumm, las decisiones de las autoridades públicas deben poder “justificarse en términos de razones públicas, razones que cualquier ciudadano pueda aceptar razonablemente”, incluidos los que forman parte de las minorías que no

³⁸ Ibid., 174-177.

³⁹ Algunas de estas técnicas son el “reenvío legislativo”, por el que los jueces dejan de tener la “última palabra”, ibíd., 194-196; los mecanismos que contribuyen a vincular al poder judicial con la protección de los derechos de las minorías, ibíd., 196-205; y una serie de reformas políticas que han de acompañar a la reforma judicial. Ibid., 205-212.

⁴⁰ En este sentido, véase Raz (1995), 42-44 y Kavanagh (2003), 483-484.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Pettit (1997), 183-200; Richardson (2002), cap. 16 y Spector (2003), 295-304.

aceptan tales decisiones⁴². La revisión judicial garantiza que las decisiones respaldadas por la mayoría reciben una justificación que puede ser aceptada virtualmente por todos. Como veremos en la tercera parte de este trabajo, dicha revisión está basada en los análisis de proporcionalidad y deferencia. Aquí nos interesa enfatizar que, cuando los jueces aplican el análisis de proporcionalidad, lo que hacen es evaluar si la legislación o los actos administrativos pueden justificarse o no en términos de razón pública, tratando así a todo potencial recurrente como un agente moral responsable. De este modo, “incluso aquellos que quedan peor y más fuertemente restringidos por la legislación” pueden considerarse “socios libres e iguales en la empresa común de legislar”⁴³.

Por tanto, el derecho a exigir una justificación adecuada de las decisiones y actos públicos es al menos tan básico como el derecho al voto en condiciones de igualdad. De hecho, en una democracia representativa, el ciudadano individual tiene más posibilidades de influir por sí mismo en el Derecho de su país impugnando ante la justicia las decisiones que considera inconstitucionales, que participando en el proceso político a través del derecho igual al voto⁴⁴. Es más, el derecho a exigir la justificación de las decisiones públicas extiende el concepto mismo de ciudadanía más allá del derecho al voto, puesto que no sólo puede ser ejercido por los nacionales, sino también por cualquier persona cuyos derechos y libertades fundamentales hayan sido vulnerados por parte del Estado o las autoridades públicas.

En segundo lugar, creo que existe un problema en la idea de que, aun cuando una concepción robusta de la revisión judicial no resulte apropiada en aquellas democracias donde se cumplen las condiciones de una cultura de los derechos humanos, en cambio sí puede serlo en aquellos órdenes políticos que resultan defectuosos desde un punto de vista democrático. Aquí debemos recordar que la progresiva migración del constitucionalismo propio de los Estados Unidos, con la declaración constitucional de derechos fundamentales y el consiguiente control judicial de la legislación, responde a un movimiento de transición democrática que se produce en diversas fases por todo el planeta después de la Segunda Guerra Mundial. Como señala Dyzenhaus, este nuevo poder otorgado a los jueces no fue tanto una protección frente a la ignorancia y las pasiones de las masas, como una reacción frente a unas élites autoritarias que habían ocupado el poder y oprimido a la población (incluyendo fascistas, nazis, comunistas y las élites coloniales, en especial los gobernantes

⁴² Kumm (2010), 169.

⁴³ *Ibid.*, 168.

⁴⁴ *Ibid.*, 167-168.

de la Sudáfrica del *apartheid*)⁴⁵. En otras palabras, la democracia constitucional, tal y como hoy la comprendemos, es inseparable de un poder judicial independiente que colabora con el poder político en la tarea de gobierno, vigilando el cumplimiento del imperio de la Ley. Incluso las democracias más desarrolladas son capaces de oprimir los derechos humanos, por lo que los mecanismos de protección de tales derechos no sólo son necesarios en los países que no han llegado a su ‘mayoría de edad’. Prueba de ello es la legislación que frente al atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 se desarrollaron en países como Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá⁴⁶.

Por último, si se defiende una visión no meramente instrumental de la legalidad (como creo que hace Waldron), no cabe luego rechazar una teoría ‘fuerte’ de la conversación constitucional –donde ambos poderes, legislativo y judicial, tienen legitimidad democrática para determinar la naturaleza y alcance de los derechos. Los principios de la legalidad, en especial los de publicidad y generalidad, exigen la revisión judicial como parte esencial del ordenamiento jurídico. Cuando el legislativo y el gobierno se someten al imperio de la Ley, se comprometen a su cumplimiento, lo cual no puede entenderse en términos meramente privados o cuasi-psicológicos, sino públicos y normativos. Como ha puesto de relieve Postema, asumir un compromiso implica necesariamente rendir cuentas ante un tercero independiente capaz de juzgar el grado de su cumplimiento⁴⁷. No se trata, pues, de adoptar una actitud o desarrollar una disposición particular, sino de reconocer algunos estándares de comportamiento y evaluar la acción propia de acuerdo a dichos estándares. Un compromiso no puede hacer su trabajo si el propio agente es el único legitimado para evaluar su cumplimiento. Los compromisos implican otorgar a otros la autoridad para juzgar el comportamiento propio, es decir, significan obligarse a rendir cuentas. Comprometerse con el imperio de la Ley trae consigo inexorablemente la rendición de cuentas y, por tanto, una evaluación institucional independiente de la legislación⁴⁸. Que el parlamento pueda tomar decisiones sobre los derechos constitucionales sin someterse a una

⁴⁵ Dyzenhaus (2008), 150.

⁴⁶ USA *Patriot Act*, UK *Anti-terrorism, Crime and Security Act* y Canadian *Anti-Terrorism Act*, todas ellas promulgadas en 2001, e impugnadas judicialmente con posterioridad por suponer un recorte injustificado de los derechos constitucionales.

⁴⁷ Postema (2010a), 277 y (2010b), 1857.

⁴⁸ En el mismo sentido, Dyzenhaus afirma que los principios de la legalidad, especialmente el de publicidad, fundamentan la revisión judicial, de modo que, aunque no exista un explícito mandato constitucional en este sentido, los jueces están obligados a evaluar siempre la posible incompatibilidad de las disposiciones legales con los valores constitucionales, a pesar de que tales disposiciones sean obligatorias y los jueces no puedan evitar su aplicación, Dyzenhaus (2010), 232.

evaluación independiente equivale a convertir al electorado, junto con el legislativo que lo representa, en jueces de su propia causa⁴⁹.

Ahora bien, defender una voz ‘fuerte’ para los jueces no implica necesariamente abogar por la supremacía judicial. Waldron plantea la protección de los derechos fundamentales como un juego de suma cero, como si el aumento en el poder de control de los jueces implicase de manera inevitable el debilitamiento de la toma democrática de decisiones. Este planteamiento procede del compromiso con la supremacía legislativa. Sin embargo, la mayor o menor fuerza del control judicial no depende tanto de su diseño institucional como de la cultura constitucional que sostiene dicho control. Una revisión judicial formalmente ‘débil’ en un país donde los políticos y ciudadanos se toman en serio la independencia judicial y las decisiones de los tribunales, resulta mucho más robusta que una revisión judicial formalmente ‘fuerte’ en una sociedad donde no se respeta la independencia de los tribunales y no se cumplen sus sentencias. Además, en la práctica real, el debate legislativo sobre derechos fundamentales es muchas veces consecuencia de las decisiones judiciales que ponen en cuestión si una disposición legal es compatible con los compromisos constitucionales. No se trata, por tanto, de decidir cuál de los poderes del Estado puede defender mejor los derechos fundamentales, sino de establecer el modo en que deben interactuar con este propósito. Lo importante no es quién tiene la última palabra, sino qué estructuras institucionales son necesarias para hacer posible una cultura de la justificación, y qué debe considerarse una justificación adecuada dentro de esas estructuras.

La distinción entre una revisión judicial ‘fuerte’ y otra ‘débil’ depende, en buena medida, del nivel de respeto que los legisladores y el público en general prestan a la opinión de los jueces. Ésta es, creo, la verdad de la defensa contextual del constitucionalismo colaborativo. Así, por ejemplo, desde la experiencia británica, Aileen Kavanagh ha argumentado que la declaración de incompatibilidad de las leyes puede considerarse como una forma efectiva de invalidación judicial, puesto que en la sociedad británica no resulta políticamente viable ignorar una declaración judicial de este tipo⁵⁰. Es, en definitiva, la misma razón por la que en Canadá no se usa habitualmente la sección 33 de la Carta de derechos: un constitucionalismo colaborativo requiere una cultura política en la que los legislativos y el público en general tienden mayoritariamente a respetar las decisiones judiciales.

⁴⁹ Dworkin (1985), 24; Kavanagh (2003) 472.

⁵⁰ Kavanagh (2009), 281-289, 322-324.

Y una teoría basada en los derechos no puede dejar de respetar esa tendencia si no quiere dejar de ser coherente. Como ha señalado Jeffrey Goldsworthy, “no es una opción [para Waldron] objetar que es fácil que un electorado ingenuo se deje engañar con la aparente objetividad de los derechos constitucionales, o que se deslumbre con la mística de la judicatura”⁵¹. Dicha objeción reflejaría precisamente la misma falta de confianza que Waldron critica en los defensores del control judicial ‘fuerte’ respecto a la capacidad del electorado para autogobernarse de un modo inteligente. Si las opiniones de la mayoría sobre los derechos merecen respeto, entonces con mayor motivo deben respetarse sus opiniones sobre el ejercicio de su derecho más importante, el de la participación política. Si la mayoría prefiere asumir como habitual el respeto a la opinión de los jueces en materia de derechos, porque en tales asuntos confía más en los jueces que en los legisladores (o, incluso, que en sí mismos), nada cabe argumentar en contra desde una teoría basada en los derechos.

La efectividad del constitucionalismo colaborativo depende de “un *ethos* de la transparencia” (*an ethos of accountability*) en la que, según señala Postema, se dan dos supuestos empíricos: por una parte, se presupone la existencia de un público al que le importa lo suficiente la suerte de los oprimidos, y, por otra, se sobreentiende que los que están en el poder condicionan su comportamiento a lo que puedan presentar como legítimo a los ojos del público⁵². Pero esta dependencia contextual del modelo colaborativo no implica que la cultura constitucional en la que se apoya sea esencialmente distinta a la que sostiene una revisión judicial con capacidad de invalidar o inaplicar leyes. Al fin y al cabo, ambos tipos de revisión judicial comparten una misma cultura jurídica y política comprometida con la protección jurídica de los derechos fundamentales, y con una judicatura independiente con autoridad para interpretar el Derecho de manera consistente con los derechos protegidos. Estaríamos, por tanto, ante los dos extremos de un *continuum* de posibles órdenes jurídicos en el que se comparte el mismo compromiso social con los derechos humanos.

Desde la posición del constitucionalismo político, lo más importante es que se reconozca institucionalmente la superioridad del parlamento para interpretar los derechos. Sin embargo, esta focalización en la cuestión institucional no debería hacernos perder de vista que lo importante no es la forma institucional en sí, sino la cultura de los derechos humanos que se desea hacer realidad con dichas instituciones. Desde la teoría de la legalidad como razón pública se reconoce al parlamento como el lugar preferente de producción legislativa, pero simultáneamente se añade que la cuestión fundamental no es quién tiene la

⁵¹ Goldsworthy (2010), 208.

⁵² Postema (2010b), 1864

autoridad para adoptar la decisión final (o quién está mejor situado para interpretar la Constitución), sino cómo debemos diseñar la relación entre las instituciones con el fin de que las decisiones colectivas respondan a un cierto ideal de sociedad. Lo importante es dilucidar cuál es el esquema institucional que mejor garantiza, hasta donde sea posible, que los límites impuestos por las leyes y las autoridades públicas a los derechos se justifican adecuadamente, y cuál es el mejor análisis para determinar cuándo estamos ante una justificación apropiada.

b) El argumento basado en las consecuencias

Un segundo argumento dirigido contra la legitimidad democrática de la revisión judicial desde el constitucionalismo político, se centra en los efectos nocivos que produce en el proceso democrático la ‘judicialización’ de las controversias constitucionales. Cabría utilizar el nombre de “debilitación democrática”⁵³ para referirnos al conjunto de consecuencias negativas que, según algunos autores del constitucionalismo político, se derivan para la democracia representativa de esta dependencia de la opinión judicial. En primer lugar, se suele aducir que la judicialización de la política engendra apatía e irresponsabilidad entre los legisladores y el electorado. Así, por ejemplo, según Tushnet, la revisión judicial puede conducir “a los legislativos a promulgar leyes sin tener en cuenta las consideraciones constitucionales, contando con que serán los tribunales los encargados de anular aquellas leyes que violen la Constitución”⁵⁴. La revisión judicial de constitucionalidad hace que el público y sus representantes electos tiendan a abandonar la discusión de las cuestiones constitucionales, dejando que sean los tribunales los que encuentren y formulen las normas de la Constitución. Esta transferencia de responsabilidad es motivo de preocupación, según Tushnet, no sólo porque la sociedad tiende a desvincularse de su Constitución, sino también porque impide que los jueces articulen las normas constitucionales a partir de las consideraciones de la opinión pública⁵⁵. En este sentido, Allan C. Hutchinson afirma que “la declaración formal de unos derechos humanos es un gran paso atrás en el camino hacia un verdadero gobierno democrático”, puesto que refuerza “un sistema de gobierno que promueve activamente la apatía y la alienación”⁵⁶.

⁵³ Tushnet (1995).

⁵⁴ *Ibid.*, 247. Tushnet sigue aquí los pasos de James Bradley Thayer, para quien una revisión judicial fuerte podía disminuir la capacidad política del pueblo y su sentido de responsabilidad moral.

⁵⁵ *Ibid.*, 275.

⁵⁶ Hutchinson (1999), 29, 30.

Es más, la debilitación de la democracia puede agravarse cuando a la indiferencia y la irresponsabilidad de la mayoría se suma el antagonismo y la intolerancia de las minorías más cercanas a los extremos del espectro político. Como ha puesto de relieve Goldsworthy, esto puede ocurrir en aquellos casos conflictivos en que, habiéndose logrado algún tipo de legislación de compromiso entre dos posiciones fuertemente enfrentadas, una de las minorías en conflicto persuade a los tribunales para anular a su favor dicha legislación. En tal caso, lo más probable es que la mayoría moderada no trate de revocar la decisión judicial, en parte por su falta de interés en el asunto y en parte por su confianza en la mejor preparación de los jueces para decidir sobre derechos constitucionales. Mientras tanto, “la minoría opositora, indignada por la victoria judicial de sus adversarios, puede emprender un enorme esfuerzo para revertir la decisión, escalando la lucha política entre estos grupos y agravando su mutua animosidad”⁵⁷.

Precisamente para evitar este tipo de problemas, el modelo colaborativo de revisión permite al legislativo y al gobierno decir la última palabra sobre las cuestiones constitucionales. En este sentido, no habría una diferencia esencial entre las versiones británica y canadiense del modelo. La solución canadiense, donde los tribunales pueden inaplicar las leyes que consideran inconstitucionales, vendría a ser la versión más robusta de una revisión judicial ‘débil’. La solución canadiense, donde los tribunales pueden inaplicar las leyes que consideran inconstitucionales, vendría a ser la versión más robusta de una revisión judicial ‘débil’. La idea es que la aplicación judicial de los derechos a través de las secciones 1 y 33 de la Carta canadiense es capaz de provocar un ‘diálogo’ entre los tribunales y los legislativos que, lejos de achicar la democracia, la fomenta y enriquece. En su artículo seminal de 1997, Peter Hogg y Allison Bushell analizaron sistemáticamente las respuestas de los legislativos canadienses a aquellas decisiones del Tribunal Supremo que invalidaban disposiciones legislativas, y concluyeron que en la mayoría de los casos la respuesta consistió en la promulgación de una nueva ley que promovía el proyecto político original de un modo consistente con la interpretación judicial de la Constitución⁵⁸. Sólo en algunos casos excepcionales, los legisladores no pudieron juntar una nueva mayoría por la intransigencia de las minorías exacerbadas, o sencillamente prefirieron no hacer nada ante la falta de apoyo popular de su proyecto revocado judicialmente⁵⁹. En estos casos, argumentan

⁵⁷ Goldsworthy (2010), 214-215.

⁵⁸ Hogg y Bushell (1997).

⁵⁹ Cabría mencionar dos de los ejemplos utilizados por Hogg y Bushell (1997), 95-96 para hablar de diálogo truncado. En primer lugar, *R. v. Morgentaler* [1988], donde el Tribunal invalidó las restricciones al aborto del *Criminal Code* como contrarias a la sec. 7 de la Carta; como respuesta, se logró introducir en el Parlamento

los autores, no se puede decir que los jueces debilitasen el proceso democrático, puesto que, si el gobierno hubiese contado con un apoyo popular suficiente contra la sentencia judicial desfavorable a sus proyectos, la sección 33 le ofrecía la posibilidad de revocar dicha sentencia, asumiendo la responsabilidad y el coste político de sus actos. De manera similar, Kent Roach, basándose igualmente en un estudio pegado a la práctica del Tribunal Supremo canadiense, concibe la sección 33 como un mecanismo de revocación que pretende mantener al Tribunal y a los legislativos bajo una rendición pública de cuentas: por una parte, permite al legislativo responder de un modo (“*in the face*”) que sugiere que la decisión del Tribunal trae consigo una interpretación incorrecta de la Constitución o es simplemente inaceptable para la mayoría; por otra parte, exige al legislativo justificar públicamente su decisión, así como volver a revisar la cuestión a la luz de la decisión judicial a los cinco años⁶⁰.

Para Waldron y Bellamy, en cambio, la solución canadiense supone un tipo de revisión judicial ‘fuerte’, que no logra evitar los problemas de la debilitación democrática⁶¹. No obstante, otros autores cercanos al constitucionalismo político aceptan dicha solución, aunque con ciertas reservas. Así, por ejemplo, Tushnet afirma que la sección 33 permite que la revisión judicial coexista con el principio de las mayorías de un modo que favorece el entendimiento público de los valores democráticos y las normas institucionales⁶². Goldsworthy, por su parte, señala que una cláusula de revocación (*an override clause*) tiene “el potencial de estimular un debate político robusto y potente, entre legisladores y el electorado, sobre cuestiones de derechos que pueden ser o haber sido decididos por los jueces”⁶³. Sin embargo, según estos autores, el uso de la sección 33 por parte del gobierno de Quebec, aplicándola de modo preventivo y general contra la revisión judicial, así como la indeterminación del Tribunal Supremo sobre dicho uso, la ha convertido en políticamente tóxica y, en consecuencia, inutilizable⁶⁴. Además, estos autores señalan que la forma en que

federal una nueva ley con restricciones más acordes con la sentencia judicial, pero el proyecto no superó la aprobación del Senado, sin que hasta la fecha se haya logrado reunir una mayoría suficiente para aprobar una nueva ley o para declarar formalmente la nulidad de la antigua. El otro ejemplo es *Vriend v Alberta* [1998], donde el Tribunal añadió la orientación sexual a los motivos de discriminación para los que se establecía recurso en la Ley de Derechos Humanos de Alberta. En este caso, el Gobierno de Alberta amenazó públicamente con invocar la sec. 33 para no modificar la legislación en el sentido indicado por los jueces, pero finalmente decidió no hacerlo, debido a que no existía “una repulsión popular suficientemente fuerte hacia la sentencia del Tribunal” que legitimase la revocación, Hogg (2002), 6.

⁶⁰ Roach (2001), 246, 265.

⁶¹ Waldron (2006), 1356-1357; Bellamy (2007), 47-48. En este texto, Bellamy rechaza globalmente el modelo colaborativo de revisión judicial; sólo posteriormente, en el texto citado más arriba, este autor aceptará la solución británica como la única legítima desde un punto de vista democrático, véase (2011), 111.

⁶² Tushnet (1995), 282.

⁶³ Goldsworthy (2010), 217.

⁶⁴ El mencionado uso fue, como vimos en la primera parte, con ocasión de la sentencia *Ford v. Quebec* [1988] 2 SCR 712, la cual anulaba una ley del Parlamento de Quebec en la que se prohibía emplear otra lengua que no

está redactada hace más difícil justificar su uso. Literalmente, dicha sección autoriza a los legislativos a declarar que sus disposiciones “tendrán vigencia no obstante las disposiciones incluidas en [las secciones especificadas] de esta Carta”, reconociéndoles de este modo el poder para revocar la Carta misma, en lugar de permitirles revocar las interpretaciones controvertidas del Tribunal en materia de derechos. Según Tushnet, esta formulación de la cláusula *notwithstanding* amenaza gravemente la estabilidad de la solución canadiense, en el sentido de que tiende a convertirla en una forma ‘fuerte’ de revisión judicial, puesto que parece asociar necesariamente el significado de la Constitución a las especificaciones del Tribunal⁶⁵. En un sentido similar, Goldsworthy y Manfredi creen que la sección 33 podría desarrollar todo su potencial tras una nueva formulación que impidiese los malos entendidos y las aplicaciones inapropiadas⁶⁶.

Según la teoría de la legalidad como razón pública, una cláusula *notwithstanding* (o una fórmula *non obstante*) puede solucionar la dificultad del debilitamiento democrático siempre que se entienda adecuadamente. Para ello, debemos asociar este tipo de cláusulas a la capacidad que siempre ha tenido el legislativo en los sistemas del *common law* para limitar o anular la definición judicial de los derechos mediante legislación ordinaria. Tradicionalmente, los tribunales del *common law* podían llamar la atención del legislador y de la sociedad sobre los valores de equidad ignorados por los políticos y funcionarios, sin que cayera sobre los jueces la responsabilidad de decir la última palabra. Si el tribunal aplicaba un presupuesto del *common law* de un modo que la sociedad encontraba inaceptable o erróneo, la respuesta del legislador era simplemente la promulgación de una nueva legislación ordinaria que desplazaba claramente dicha presunción del *common law*. De este modo, “[l]a revisión del *common law* reforzaba la democracia exigiendo debate, reflexión y claridad en las declaraciones de los legislativos sobre cómo iban a tratar los valores fundamentales identificados por los tribunales”⁶⁷. Hoy en día los derechos humanos

fuera el francés en los rótulos comerciales. El Tribunal, sin embargo, no entró a valorar el uso preventivo y general que hacía el Parlamento de la sec. 33, respetándolo como parte de la soberanía parlamentaria. Tras dicha sentencia, el legislador quebequés promulgó una nueva ley en la que mantenía la prohibición, y en la que se incluía una cláusula *notwithstanding* para evitar la interferencia judicial (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1988, c. 54, s. 10). Tras los cinco años prescritos por la sec. 33, el Parlamento de Quebec promulgó una nueva ley en la que ya no se incluía dicha cláusula, permitiendo el uso de otras lenguas distintas al francés en los rótulos comerciales, siempre que se usara también dicha lengua de forma “predominante” (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1993, c. 40, s. 18). Según Tushnet, la experiencia canadiense puede poner en cuestión la viabilidad de la cláusula *notwithstanding* en general como forma de afrontar el problema de la debilidad democrática (1995), 295-299.

⁶⁵ Tushnet (2004), 20.

⁶⁶ Goldsworthy (2010), 220; Manfredi (2001), 193.

⁶⁷ Roach (2001), 255.

vendrían a ser una versión renovada y ampliada de aquellas presunciones y valores de equidad que los jueces tenían la misión de determinar.

Sin embargo, no creo que debamos decir, con Goldsworthy, que este tipo de cláusulas se basan, en última instancia, en el principio de la soberanía parlamentaria (es decir, en la idea de que los límites de la acción del gobierno sólo son morales o políticos, pero nunca jurídicos y, por tanto, judicialmente aplicables). La sección 33 debe interpretarse dentro del contexto de la sección 1, la cual establece, de un modo general, un diálogo constructivo y basado en principios entre los legisladores y los tribunales. Dicha sección 1 permite que los legislativos limiten los derechos, siempre que lo justifiquen adecuadamente. En el control de dicha justificación, la Constitución canadiense otorga a los jueces la capacidad de invalidar, inaplicar o reescribir las leyes incompatibles con los valores constitucionales. Para equilibrar el juego de fuerzas, se establece la sección 33, lo cual no significa terminar dando al legislador un poder normativo soberano (no limitado jurídicamente), sino tratar de reforzar la idea de que el imperio de la Ley es un proyecto común en el que ninguno de los dos poderes, legislativo y judicial, tiene la supremacía. Si esta lectura es correcta, la sección 1 establecería un marco de actuación en el que no tiene sentido el uso preventivo y general de la sección 33, es decir, el tipo de aplicación que hizo el gobierno del Quebec apoyándose precisamente en el principio de soberanía parlamentaria que defiende Goldsworthy. De hecho, aunque dicha cláusula recuerda el poder del legislativo para abolir el *common law*, en realidad supone un avance muy importante respecto a la tradicional deferencia de los jueces del *common law* hacia el legislativo democrático. Por una parte, requiere la declaración pública explícita de no acatar la decisión judicial y, por otra, fuerza al legislativo a reconsiderar su postura en tiempos de más calma cuando expire la anulación a los cinco años (manteniendo así la decisión del Tribunal en la cuestión de principio).

Desde la concepción que vengo defendiendo aquí, la técnica de la revocación legislativa tiene un efecto similar a la declaración de incompatibilidad, dado que permite al legislativo revertir una decisión del tribunal supremo mediante una réplica que sugiere que el tribunal ha interpretado incorrectamente la Constitución, o que su decisión es simplemente inaceptable para la mayoría. Con todo, se trata, en mi opinión, de un mecanismo preferible a la mera declaración judicial de incompatibilidad, puesto que, a diferencia de ésta, la sección 33 no privilegia la inacción del legislativo en caso de desacuerdo con la decisión judicial. Por esta misma razón, aunque una nueva formulación de la sección 33 dejara patente que la desobediencia del parlamento no se dirige contra la Carta

misma, sino contra la interpretación judicial de la Carta, creo que la actual formulación acierta al limitar temporalmente la revocación legislativa, pues de este modo se mantiene firme la decisión de los jueces respecto a la cuestión de principio. En el caso de que la revocación se mantuviera en el tiempo, y el tribunal supremo no modificase su decisión original, es obvio que el legislativo acabaría promulgando una enmienda constitucional.

C. La distorsión del discurso político

Por último, el segundo plano de discusión del constitucionalismo político contra la revisión judicial aparece en conexión con todo lo que hemos visto hasta ahora. En efecto, aunque se reconociera la legitimidad de los jueces para supervisar la legislación en una cultura de los derechos humanos, sólo cabría hacerlo, según esta concepción, como algo inevitable que debemos limitar y reducir a su mínima expresión, no sólo, como hemos visto hasta ahora, con el fin de evitar la suplantación y el debilitamiento de la democracia por una élite no electa, sino también para impedir la *distorsión* del discurso político por obra del razonamiento ‘legalista’ de los jueces. Este fenómeno se produce, según Tushnet, “al introducir en el proceso legislativo *demasiadas* normas constitucionales, haciendo que el legislador deje de considerar otras cuestiones probablemente más importantes”⁶⁸. De este modo, ante la amenaza del control judicial sobre las leyes, los legisladores alteran sus deliberaciones, convirtiéndolas en una especie de anticipación del razonamiento de los jueces. Dicho en términos de Alec Stone Sweet, “gobernar con los jueces” significa con frecuencia “gobernar como los jueces”⁶⁹.

Un ejemplo de este problema lo vimos en el modo en que el legislativo federal canadiense decidió responder a la sentencia *RJR-MacDonald*. Recuérdese que, en esta ocasión, el parlamento decidió abandonar su primera intención de prohibir toda publicidad referente al tabaco porque, siguiendo el criterio del tribunal supremo, esta medida no era compatible con la libertad de expresión. En su lugar, el parlamento decidió adoptar la sugerencia del tribunal de prohibir únicamente la publicidad referente a los estilos de vida, lo cual fue muy criticado por la opinión pública por su excesiva sumisión a la opinión judicial. Esta medida era una versión claramente más suave que la planteada por la legislación original, y ponía en peligro el logro efectivo del objetivo que se pretendía – proteger a los jóvenes de los peligros asociados al consumo de tabaco. De este modo, como

⁶⁸ Tushnet (1995), 247.

⁶⁹ Stone Sweet (2000), 204.

escribe Hiebert:

Esta respuesta legislativa ofrece un claro ejemplo de cómo la revisión judicial puede influir en los parámetros del debate político y las prioridades políticas incluso cuando el parlamento trata de perseguir un interés público apremiante en el que los derechos humanos fundamentales no se ven seriamente afectados⁷⁰.

A este respecto, Waldron critica la revisión judicial atacando las tres principales ventajas que supuestamente tiene la deliberación judicial respecto a las deliberaciones parlamentarias: en primer lugar, los derechos se presentan en sede judicial en el contexto de casos específicos; además, el enfoque de los tribunales en materia de derechos se orienta hacia el texto de una Carta de derechos (*Bill of Rights*); por último, las decisiones judiciales vienen acompañadas por las razones que les sirven de justificación. Según Waldron, todas estas ventajas son, en realidad, inconvenientes que impiden una deliberación apropiada sobre las cuestiones constitucionales. Respecto a la primera de ellas, Waldron advierte que para cuando los casos llegan a las instancias judiciales superiores, éstos se describen en términos muy abstractos, mientras que el parlamento puede considerar la legislación sobre la base de los casos individuales. Respecto a la segunda supuesta ventaja, el autor considera que, con la orientación hacia una declaración de derechos, el razonamiento de los jueces “tiende a fomentar un rígido formalismo textual” en el que toda la argumentación gira en torno a ciertas expresiones canónicas, sin entrar directamente en las razones morales que están en juego⁷¹. Por último, según Waldron, el hecho de que los jueces acompañen sus decisiones con las razones que las justifican no prueba nada, puesto que los legisladores también lo hacen.

La diferencia estaría más bien, según el autor, en la calidad de las razones que unos y otros aportan. A este respecto, Waldron no duda en afirmar “lo sorprendentemente rico que es el razonamiento de los debates legislativos acerca de las cuestiones importantes sobre derechos”⁷². Las cuestiones sobre derechos no se reducen a una mera controversia interpretativa “en un sentido legalista estrecho”, sino que traen consigo “importantes asuntos de filosofía política con ramificaciones significativas para las vidas de mucha gente”; representan “las principales decisiones que ha de afrontar cualquier sociedad moderna”⁷³. Por este motivo, se trata de cuestiones que encuentran su mejor contexto de resolución en los debates legislativos, donde pueden discutirse “desde el principio y directamente, sin las

⁷⁰ Hiebert (2002), 85.

⁷¹ Waldron (2006), 1381; (1993), 26-27.

⁷² Waldron (2006), 1384.

⁷³ Waldron (2009), 22.

distracciones de los legalismos”⁷⁴. Más aún, las decisiones de las cámaras legislativas representan mejor que las sentencias judiciales la opinión de la sociedad como un todo, no sólo porque se adoptan por representantes electos, sino también porque con frecuencia son el resultado de la deliberación de un gran número de personas, lo cual hace más probable que estén presentes todos los puntos de vista relevantes en cada caso⁷⁵. Para afianzar su posición, Waldron invoca el ejemplo de la deliberación parlamentaria sobre el aborto en el Reino Unido⁷⁶, y lo compara con la deliberación judicial sobre el mismo tema en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁷⁷.

Bellamy, por su parte, a partir de la experiencia británica bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998, distingue dos aspectos en el problema de la distorsión. El primero, que ya hemos mencionado, consiste en que las deliberaciones del parlamento se convierten “en buena medida en una previsión de los fallos de los tribunales”⁷⁸. Según el autor, se le da un papel crucial a los asesores jurídicos en las deliberaciones de la Comisión Mixta para los Derechos Humanos encargada del control de constitucionalidad de los proyectos de ley, lo cual conduce a que en el debate parlamentario predomine “el razonamiento legalista en sus deliberaciones sobre derechos”. El segundo aspecto, que Bellamy considera más fundamental, es que, aunque el Cámara de los Comunes aproveche los procedimientos que le ofrece la ley para influir en los tribunales, mejorando sus deliberaciones mediante el abandono del razonamiento legalista y la asunción de un campo mayor de consideraciones, su capacidad para controlar el proceso judicial es limitada. Al final, la posible influencia del parlamento en la opinión judicial “depende del grado de deferencia que los jueces adopten – o se les pueda hacer adoptar- hacia las decisiones del legislativo en materia de derechos”⁷⁹.

Hasta aquí los argumentos del constitucionalismo político respecto a la distorsión del discurso político. Veamos ahora la réplica que cabe articular desde la teoría de la legalidad como razón pública. Recuértese que la idea central de esta teoría es que la interpretación y aplicación de la Constitución deben entenderse como un proyecto común: el diseño institucional debe fomentar la colaboración de los distintos poderes públicos en la empresa común de garantizar que la legislación esté a la altura de cierto ideal de sociedad, representado por los valores constitucionales. Waldron y Bellamy, sin embargo, se limitan a comparar los tipos de argumentación que suelen ofrecer los parlamentos y los tribunales,

⁷⁴ *Ibíd.*, 24.

⁷⁵ *Ibíd.*, 20, 24.

⁷⁶ 732 *Parl. Deb.*, HC (5th ser.) (1966) 1067-1166.

⁷⁷ *Roe v. Wade*, 410 US 113 [1973], véase Waldron (2006), 1384-1385.

⁷⁸ Bellamy (2011), 100.

⁷⁹ *Ibíd.*

tratando de ver cuál de ellos es el más adecuado para resolver las cuestiones constitucionales. No cabe duda de que el parlamento puede ser algunas veces un excelente foro de debate racional y razonable, pero lo cierto es que hay buenos motivos para dudar de que sea *siempre* un foro semejante⁸⁰. De hecho, en algunos casos ni siquiera llega a ser un foro que demande razones al gobierno para justificar sus proyectos legislativos⁸¹. Así, por ejemplo, en Nueva Zelanda, donde los tribunales no pueden hacer una declaración expresa de incompatibilidad de las leyes con los valores constitucionales, la enmienda de la Ley Electoral, por la que se privaba del derecho al voto a todos los presos durante su internamiento en estancias penitenciarias, se realizó tras un debate “tan superficial que apenas merece ese nombre”⁸². Frente a ello, cabría recordar que el Tribunal Supremo de Canadá vetó en *Sauvé* la misma pretensión por parte del Parlamento federal, tras un intercambio o cruce de interpretaciones entre ambos⁸³.

Por otra parte, la argumentación judicial no se reduce a un mero ejercicio filológico, constreñido por un rígido formalismo legalista. Por el contrario, el propio proceso judicial tiende a exigir a los jueces un alto nivel de argumentación. Dado que las leyes necesitan ser interpretadas para poder aplicarse a los casos específicos, la determinación de su verdadero significado “invita al escrutinio moral y la deliberación”⁸⁴. Lo cual es especialmente cierto cuando los jueces tienen que decidir casos en los que el contenido del Derecho es objeto de desacuerdo. En tales casos, aunque el razonamiento judicial se enmarca en los términos del caso concreto, la cuestión a dirimir es cómo entender el Derecho para dar solución a los problemas que plantea dicho caso. Para ello, no sólo se deben interpretar las leyes más directamente relevantes al caso en cuestión, sino todo el Derecho relevante, incluidos los valores y principios constitucionales.

Además, como vimos en el capítulo anterior, el razonamiento judicial no se ciñe a las características de una reflexión individual aislada, ajena a la práctica social del discurso moral. Por el contrario, sus rasgos institucionales los hace especialmente aptos para contribuir a la expansión de la democracia deliberativa, no sólo porque ellos mismos son foros deliberativos, sino también porque pueden orientar a las instituciones políticas hacia

⁸⁰ Kavanagh (2003), 476.

⁸¹ Dyzenhaus (2008), 147. El autor recuerda que cuando se promulgó en el Reino Unido la Ley Anti-terrorista poco después del atentado del 11 de septiembre de 2001, la orden ministerial del gobierno se discutió en un parlamento casi vacío.

⁸² Geddis (2011) 462. La enmienda en cuestión se realizó mediante la *Electoral (Disqualification of Sentenced Prisoners) Amendment Act 2010*.

⁸³ *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 SCR 438. Dicho intercambio de interpretaciones fue objeto de estudio en la primera parte de este trabajo, y volveremos a analizarlo en el capítulo 8.

⁸⁴ T. Allan (2008), 235.

una toma de decisiones que no se base exclusivamente en la negociación de intereses. Por otra parte, los materiales legislativos que manejan en sus razonamientos no son, como sugieren los constitucionalistas políticos, distracciones de un razonamiento moral omnicomprendivo al que sólo los legisladores tendrían acceso. Al contrario, dichos materiales permiten a jueces y legisladores razonar disciplinadamente dentro de un marco de valores y principios que ha recibido un amplio consenso.

Más aún, la imagen meramente ‘legalista’ del razonamiento judicial no se corresponde con el análisis de proporcionalidad que suelen usar los jueces para llevar a cabo la revisión de constitucionalidad de las leyes. En efecto, el análisis de proporcionalidad exige a los jueces estar atentos a la realidad social que les rodea. Para saber si las limitaciones impuestas legalmente a un determinado derecho son o no desproporcionadas, es imprescindible tomar en consideración los problemas sociales que están en juego, así como las distintas medidas que pueden adoptar las autoridades públicas con vistas a su mejor resolución. Este tipo de razonamiento presupone que el parlamento tiene el deber de justificar adecuadamente las limitaciones que producen sus medidas sobre los derechos protegidos. Lo cual no significa que el legislativo deba razonar tal y como lo hacen los jueces al realizar la evaluación de proporcionalidad, pero sí que ha de ofrecer la base para dicho análisis. De este modo, como señala Ferreres,

la preocupación de la mayoría parlamentaria por encontrar razones que en su día convenzan al juez de la validez de la ley que ha aprobado no será una preocupación escolástica o legalista, sino una preocupación encomiable por encontrar razones públicas que puedan justificar las decisiones legislativas ante los miembros de una cultura constitucional desarrollada⁸⁵.

La noción de “cultura constitucional desarrollada” es, a mi entender, la mejor actualización o traducción democrática del viejo concepto anglosajón del *common law*. En la tradición del *common law*, el orden jurídico y político se concibe como la expresión de unos valores fundamentales que evolucionan en la vida pública y que los jueces se encargan de inferir, enunciar y aislar de los vaivenes de la voluntad mayoritaria. En el modelo colaborativo de constitucionalismo, la idea del *common law* se amplía, por cuanto que los ciudadanos también participan, a través del parlamento, en la determinación de los valores constitucionales. En una cultura constitucional desarrollada, el parlamento no sólo tiene un papel reactivo ante la opinión judicial en materia de derechos, sino que puede influir

⁸⁵ Ferreres (1997), 185.

proactivamente en dicha opinión a través de argumentos persuasivos sobre la compatibilidad de sus normas con la Constitución⁸⁶. En un esquema constitucional colaborativo, la deferencia de los jueces hacia los argumentos del legislador democrático no puede entenderse como una subordinación automática, sino como el respeto debido a las buenas razones aportadas por el legislador.

Como vengo insistiendo, la principal cuestión no es elegir cuál de los poderes públicos demuestra tener una mejor capacidad para la deliberación racional. Si los jueces son un elemento esencial en una cultura política de los derechos humanos, la cuestión nuclear es averiguar cuál es el modo en que han de interactuar con los otros poderes públicos para una mejor protección de tales derechos. En este sentido, es importante destacar, una vez más, que son los jueces quienes promueven con frecuencia la deliberación sobre principios en las asambleas legislativas. Ahora bien, el tipo de deliberación que pueden fomentar los jueces no es el tipo de razonamiento omnicompreensivo que defiende Waldron. Dado que la tarea de los jueces es asegurar que las decisiones públicas respetan el Derecho, incluidos los compromisos constitucionales, lo razonable es esperar que su razonamiento se mueva por razones jurídicas, sin que esto signifique, como hemos visto, caer en una especie de escolástica constitucional.

Los jueces no son los únicos que pueden promover el debate legislativo sobre cuestiones constitucionales. Las comisiones parlamentarias encargadas de señalar las implicaciones sobre los derechos humanos de las iniciativas del gobierno, pueden ser incluso más efectivas. La Comisión Mixta para los Derechos Humanos del Reino Unido es un buen ejemplo de este tipo de instituciones. Sus dictámenes ofrecen un valioso recurso tanto para el debate legislativo como para la deliberación judicial. Desde la perspectiva de un constitucionalismo colaborativo, la división de poderes implica un reparto de papeles en una empresa compartida. Mientras los tribunales y las comisiones parlamentarias utilizan predominantemente el razonamiento jurídico, los debates legislativos se ocupan, en su mayor parte, de las justificaciones morales y políticas de la legislación. Lo importante, desde este enfoque, es poner a contribución todos los componentes del razonamiento público (el jurídico, el moral y el político), con objeto de satisfacer el requisito último de cualquier orden jurídico: que todas las decisiones públicas se justifiquen plenamente sobre la base de su consistencia con los compromisos constitucionales. Y el mejor modo de hacerlo es mediante la interacción o “diálogo” entre los distintos poderes del Estado.

⁸⁶ Hiebert (2004), 1974.

PARTE III

CULTURAS
CONSTITUCIONALES

6.

De la soberanía a la justificación

Esta tercera parte tiene como principal objetivo dar una idea más completa del tipo de cultura de la justificación que presupone y fomenta el modelo *commonwealth* de revisión constitucional. Para ello, el capítulo 7 está dedicado a comparar este tipo de cultura con el que asume y promueve el modelo europeo, para luego, en el capítulo 8, discutir los elementos más específicos de la cultura constitucional del modelo *commonwealth*. El presente capítulo tiene una finalidad introductoria. Se divide en tres secciones. En la primera se ofrece una breve presentación del modelo europeo en comparación con el otro modelo de supremacía judicial, el modelo americano, tratando de señalar aquellas características específicas que permiten presentarlo como una alternativa a éste último. La segunda sección ofrece una mínima descripción de las teorías que articulan y justifican las características del modelo europeo (las teorías del ‘neoconstitucionalismo’). Por último, en la tercera sección se pretende describir el paradigma constitucional bajo el que cabe situar los tres modelos objeto de estudio (el europeo, el americano y el *commonwealth*).

A. El nuevo modelo europeo de justicia constitucional

El nuevo modelo europeo comparte con el modelo americano sus principales rasgos institucionales: la Constitución se coloca en una posición jerárquica superior al resto del ordenamiento jurídico; ciertos derechos y principios constitucionales se ‘atrincheran’ contra su enmienda o revocación mediante legislación ordinaria; y una institución independiente tiene el poder para anular o inaplicar las leyes que considere incompatibles con los derechos protegidos, sin que el legislador pueda responder a sus decisiones mediante legislación ordinaria. Aun así, en el contexto del continente europeo, la mayoría de los países ha decidido establecer tribunales constitucionales con el fin de garantizar la supremacía de la Constitución sobre las leyes aprobadas por los parlamentos. En contraste con el modelo

americano, donde todos los jueces tienen autoridad para inaplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución en los casos de los que conocen, en el modelo europeo el control de constitucionalidad se asigna a un tribunal cuasi-judicial especializado. Esta diferencia fundamental se suele describir afirmando que, en el modelo americano, el control judicial es descentralizado (o difuso), mientras que, en el modelo europeo, el control es centralizado (o concentrado). Para ver los aspectos comunes y específicos de ambos modelos es preciso comenzar haciendo una breve incursión en la historia constitucional.

a) Breve reseña histórica

El modelo americano originario nació a finales del siglo XVIII, asumiendo como uno de sus rasgos esenciales el control judicial de la ley. Este tipo de control se justificaba a partir de la supremacía constitucional, por la cual los actos de cualquier autoridad que vulnerasen o desconociesen la Constitución de los Estados Unidos se tenían que declarar nulos. La concepción de la Constitución como norma jurídica suprema (*lex superior*), “parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”, es la gran aportación del constitucionalismo norteamericano a la historia del Derecho¹. Para los revolucionarios americanos, el control de constitucionalidad de las leyes debía corresponder al poder judicial, por cuanto que tendían a confiar en los jueces como guardianes de los derechos individuales frente al poder de las mayorías parlamentarias. Desde la perspectiva del *El Federalista*, los jueces representaban un poder neutral e independiente, “que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento” y del que la libertad no tenía nada que temer, por lo que era el más adecuado de los tres poderes para “declarar nulos todos los actos contrarios al sentido manifiesto de la Constitución”². Este esquema es el que sirvió a su vez al juez John Marshall para escribir su famosa sentencia en el caso *Marbury v. Madison*³, en la cual se afirma que son los tribunales estadounidenses quienes tienen autoridad para inaplicar las leyes inconstitucionales, frenando así el uso inadecuado del poder político. Desde entonces, la *judicial review*, entendida como control judicial de constitucionalidad de las leyes, es una pieza central del modelo americano.

Como señala Mauricio Fioravanti, la Revolución Americana “parte de una cultura de impronta historicista”, la cultura jurídica del *common law* inglés, donde es “obligado

¹ García de Enterría (2006), 131.

² Hamilton, Madison y Jay (1999), 464, 465 (no. 78).

³ *Marshall v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137 (1803).

desconfiar de las proclamaciones revolucionarias francesas de los derechos y libertades”⁴. Desde la tradición del *common law*, la Revolución francesa venía a demostrar que cuando los derechos y libertades se separan de su base historicista, “se acaba forzosa y necesariamente [...] por exaltar sin medida la soberanía de un poder público —constituyente o constituido— y por debilitar, de esa manera, la garantía de los derechos”⁵. En el modelo americano originario, por tanto, se combina “individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatistas europeas de la soberanía política”⁶. Por el contrario, el modelo europeo originario tiende a combinar el individualismo con el estatismo, “definiéndose por oposición con el pasado de antiguo régimen y excluyendo totalmente la componente historicista”⁷.

En la Europa continental, la subordinación de la función judicial al poder soberano de los legisladores ha sido tradicionalmente un principio básico de su Derecho constitucional⁸. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas *common law*, en la tradición europea del *civil law* los jueces no son principalmente los guardianes de los derechos de los individuos, sino los fieles aplicadores de la voluntad del legislador. Durante las grandes transformaciones de los Estados europeos desde la Modernidad hasta el siglo XX, siempre se mantuvo intacto el viejo postulado absolutista según el cual *un poder ilimitado es el fundamento último del orden político*. Dicho poder se transmitió primero de la persona del monarca al poder constituyente del pueblo, para luego transitar del pueblo al Estado mismo. En la Revolución Francesa, “el nuevo sujeto titular de la soberanía viene a heredar, más que a transformar, las cualidades del poder absoluto y perpetuo que desde Bodino se predicaban de la vieja soberanía”⁹. Para los revolucionarios franceses, el legislador y el ejecutivo estaban llamados a liderar en nombre del pueblo las transformaciones sociales para salir de la tiranía feudal. Para ellos, los nuevos códigos eran los encargados de proteger las libertades individuales y la igualdad ante la ley; la codificación convertiría el Derecho en un conjunto coherente y completo de leyes escritas, con lo que su aplicación judicial quedaría reducida a una labor en gran medida mecánica.

Según Fioravanti, la Revolución francesa se diferencia decisivamente del modelo historicista inglés por dos factores que, a la postre, tienden en direcciones opuestas. Por una parte, el factor del ‘legicentrismo’, que “atribuye al legislador —en cuanto intérprete de la

⁴ Fioravanti (1998), 77.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Stone Sweet (2000), 34.

⁹ Prieto Sanchís (2003), 70.

voluntad general y en cuanto instrumento, él mismo, de la destrucción de la sociedad del antiguo régimen— un lugar central en materia de derechos y libertades individuales”¹⁰. Por otra parte, el factor ‘constituyente’, según el cual la autoridad de este legislador firme y autorizado encuentra su legitimación, y su constante amenaza, en la soberanía originaria de la nación o pueblo, “agente en sentido radicalmente constituyente”¹¹. Este doble factor, legicentrista y constituyente, sumió a la Revolución francesa en una “dramática alternativa” o “antítesis irresuelta”: mientras el primer factor afirmaba “la primacía del legislador que encarna la voluntad general por encima de las facciones agentes de la nación o del pueblo”, asegurando así la estabilidad y continuidad de los poderes constituidos, el segundo respaldaba “la prioridad del cuerpo constituyente soberano de ciudadanos políticamente activos contra los poderes constituidos”¹². A la postre, la amenaza del radicalismo democrático jacobino trajo consigo, como reacción, un parlamentarismo fuertemente estatalista.

Así, el contractualismo revolucionario, precisamente por ser radicalmente hostil a toda forma de institucionalización de los poderes públicos constituidos, acabó por convertirse en voluntarismo político, tratando de subordinar todo el edificio político y la misma Constitución a la voluntad directa del pueblo soberano, como tal capaz de cambiar en cada momento las reglas del juego. Por oposición a este tipo de voluntarismo, la doctrina de la democracia representativa tendió a asumir acentos fuertemente estatelistas, hasta incorporar la soberanía originaria de la nación o pueblo a la soberanía del legislador y de los poderes constituidos en general¹³.

De este modo, el legicentrismo o legalismo se convirtió en la cultura jurídica dominante de la Europa continental a lo largo del siglo XIX, desapareciendo la idea de soberanía popular como principio operativo de la acción política, para ser sustituida por el poder absoluto del Estado¹⁴. La ley se formalizó, pues vino a independizarse de las cualidades estructurales (abstracción y generalidad) que según los revolucionarios franceses hacían de la ley una garantía de la libertad, para identificarse únicamente en función del sujeto que la produce, dando paso al voluntarismo parlamentario. A pesar de lo cual, la ley siguió “gozando de la máxima legitimidad como expresión de una soberanía que [...] se

¹⁰ Fioravanti (1998), 63.

¹¹ *Ibid.*, 65.

¹² *Ibid.*, 67.

¹³ *Ibid.*, 67-68.

¹⁴ *Ibid.*, 78. Zagrebelsky indica esta idea afirmando que, en la tradición europea continental, la lucha contra el absolutismo regio significó, primero, el poder absoluto de la Asamblea soberana y, más adelante, “el absolutismo parlamentario por medio de la ley”, Zagrebelsky (1995), 25.

presenta como un poder absoluto y perpetuo”¹⁵. En este contexto legicentrista, los países europeos combatieron abiertamente cualquier fórmula de control judicial sobre las leyes. “Desde 1780 en los estados Germánicos y desde 1791 en Francia, por ejemplo, la prohibición de la revisión judicial se proclamó en las constituciones escritas, y los códigos penales establecieron penas para cualquier transgresión”¹⁶.

La recepción en Europa de la doctrina americana de la revisión judicial de las leyes no se produce hasta el período de entreguerras del siglo pasado, y bajo las condiciones específicas de la tradición estatalista que acabamos de enunciar. En efecto, el primer modelo europeo de justicia constitucional es obra del jurista austríaco Hans Kelsen, cuyo modelo de jurisdicción concentrada expresa “la culminación del Estado de Derecho europeo, lo más lejos que éste podía llegar desde su concepción de la soberanía estatal y de la Constitución como orden jurídico del Estado, no sobre el Estado”¹⁷. Aunque las ideas de Kelsen fueron en gran medida ignoradas o rechazadas antes de la Segunda Guerra Mundial, su modelo sirvió de referencia para las Constituciones de Austria (1920), Checoslovaquia (1920), España (1931) y Liechtenstein (1921).

Según Kelsen, la integridad del sistema jurídico, que él concibe como un sistema jerarquizado de normas, depende principalmente de que se garantice la superioridad de la Constitución mediante una jurisdicción especializada, o un tribunal cuasi-judicial. En el esquema de Kelsen, el tribunal constitucional no es propiamente un tribunal de justicia, puesto que su función no consiste en aplicar unas normas previas a unos hechos concretos, sino exclusivamente en controlar en abstracto la compatibilidad de las leyes con la Constitución. La tarea del tribunal constitucional “quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley”¹⁸. Esta separación del tribunal constitucional respecto de la justicia ordinaria tiene, según Kelsen, una doble justificación. Por una parte, se trata de evitar el fuerte carácter discrecional de la actividad judicial. En consonancia con la visión que se tenía de los jueces en la Europa central de los años treinta, Kelsen describe el proceso de interpretación y aplicación de las normas con una clara dimensión política, fruto de los intereses y valoraciones que el juez

¹⁵ *Ibíd.*, 77.

¹⁶ Stone Sweet (2000), 32-33.

¹⁷ Prieto Sanchís (2003), 80.

¹⁸ Gascón Abellán (1994), 64.

inevitablemente ha de tener en cuenta a la hora de resolver los casos concretos¹⁹. Por este motivo, si la justicia constitucional pretende aspirar a ser objetiva y racional, debe limitarse a “verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley y a los hechos”²⁰.

Por otra parte, a la naturaleza volitiva de la actividad judicial hay que sumar la ausencia de la doctrina del precedente en los sistemas del *civil law*. En dichos sistemas, los tribunales ordinarios no tienen la obligación de seguir las decisiones de los altos tribunales sobre la interpretación y aplicación del Derecho, y ni siquiera el tribunal más alto está vinculado por el principio del *stare decisis*, por lo que un control descentralizado de constitucionalidad produciría inevitablemente el riesgo de sentencias contradictorias. No sólo una misma ley podría ser rechazada por inconstitucional por unos jueces y aplicada como constitucional por otros, sino que el propio tribunal supremo podría dictaminar sentencias opuestas sobre las mismas leyes en casos diferentes²¹. En suma, la protección de la seguridad jurídica aconseja, para Kelsen, concentrar el control de constitucionalidad en un único tribunal ajeno al poder judicial.

Kelsen caracteriza el trabajo de los jueces constitucionales como el de un legislador “negativo”, por oposición a la labor “creativa” o “positiva” de los legisladores democráticos²². Mientras el legislador produce leyes libremente, con la única limitación de una Constitución de competencia y procedimiento, el tribunal constitucional debe ceñirse a aplicar las limitaciones constitucionales (distribuyendo la autoridad legislativa entre instituciones y niveles de gobierno) y a establecer las reglas del proceso legislativo. Detrás de esta distinción entre el legislador positivo y negativo, así como de la idea de una Constitución “meramente” organizativa y procedimental, está la concepción positivista del Derecho de Kelsen. De manera similar a Bentham y Austin, Kelsen concibe el Derecho como un cuerpo de normas que podrían responder, en último término, a la referencia de órdenes o mandatos procedentes del legislador, cuya aplicación autoritativa a las situaciones específicas se lleva a cabo por medio de jueces y otras instituciones. Para Kelsen, los valores y principios sustantivos (igualdad, justicia, libertad, moralidad, etc.) pertenecen al Derecho natural y, por tanto, al ámbito propio de la política y la moral. Debido a la naturaleza abierta

¹⁹ Kelsen (1975), 151ss. Kelsen afirmaba la discrecionalidad judicial como una tesis meramente descriptiva, sin compartir la posición de la Escuela Libre del Derecho según la cual dicha discrecionalidad era “el vehículo ideal para incorporar al Derecho el sano sentimiento jurídico del pueblo, cuando no el necesario contrapunto de la ‘justicia’ frente a la ‘política’ partidista encarnada en la ley”, Prieto Sanchís (2003), 82.

²⁰ Gascón Abellán (1994), 65.

²¹ Kelsen (1942), 186; Ferreres (2011), 53.

²² Kelsen (1988), 131.

y controvertida de los principios sustantivos, corresponde a la libertad del legislador su determinación normativa. Los jueces constitucionales no pueden entrar en el contenido de las leyes, interpretando las disposiciones legales conforme a unos principios morales sustantivos, puesto que, si lo hicieran, estarían desempeñando el papel de legisladores positivos, dando lugar a un ilegítimo gobierno de los jueces.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la amarga experiencia del fascismo y la enorme influencia de los Estados Unidos trajeron consigo la decadencia de la soberanía estatal en Europa. La ideología del gobierno limitado se convirtió en la nueva ortodoxia constitucional. Sin embargo, en las nuevas constituciones europeas se optó por seguir con el modelo centralizado de Kelsen, en lugar de adoptar el modelo americano. Italia (en 1947), Alemania (en 1949) y Francia (en 1958) adoptaron nuevas Constituciones cuya protección frente a las leyes fue encomendada a un tribunal constitucional. En Portugal (1976) y España (1978) aconteció otro tanto después de sus respectivas transiciones democráticas. Bélgica y Luxemburgo se sumaron a este modelo institucional en 1980 y 1996, respectivamente. Asimismo, casi todos los países de Europa central y del este adoptaron este modelo tras la caída del comunismo²³. Según Alec Stone Sweet y Martin Shapiro, esta “inercia estructural” se debe a que el modelo kelseniano de revisión permite defender la Constitución, y por tanto las normas de derechos humanos, “al tiempo que conserva las ventajas asociadas a la prohibición contra la revisión judicial general por jueces ordinarios o administrativos”²⁴. Estas ventajas pueden resumirse en la mayor protección del valor de la seguridad jurídica.

b) Convergencia y disparidad de los modelos americano y europeo

En el actual modelo europeo de justicia constitucional se asumen las características propias del modelo americano, si bien tales características quedan en mayor o menor medida modificados al integrarse en una tradición distinta de la que son originarias. Dicho de otro modo, aunque ambos modelos pueden presentarse como dos variantes del constitucionalismo que aquí he denominado de ‘supremacía judicial’, lo cierto es que el modelo europeo presenta ciertos rasgos diferenciadores que lo convierten en una alternativa al sistema norteamericano. A continuación, trataré de reunir en tres puntos principales esos aspectos comunes y diferenciadores.

²³ Como señala Ferreres, “en los países poscomunistas, el sistema centralizado es absolutamente dominante”, (2011), 26, n. 26.

²⁴ Stone Sweet y Shapiro (1994), 401-402.

i) La Constitución como norma jurídica

Como hemos visto, la idea de la Constitución como norma fundamental, determinante de la validez de las leyes ordinarias, y cuyo valor superior queda garantizado judicialmente, es oriunda del modelo americano. Una idea, hay que recordar, pensada para una Constitución que servía “como regla de juego de la competencia social y política”²⁵, o como “técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía”²⁶. En cambio, en el modelo europeo originario, nacido de la Revolución Francesa, la Constitución se concebía con mucha mayor densidad sustantiva o material, pero sin valor normativo específico. Fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores, la parte material de la Constitución contenía únicamente principios ‘programáticos’, indicaciones que el legislativo podía libremente recoger y desarrollar mediante leyes para hacerlas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos²⁷. Bajo esta concepción, la Constitución no tenía fuerza normativa frente al legislador y al Gobierno, puesto que era precisamente el poder político de cada momento quien debía encargarse de hacer realidad el ‘programa directivo’ que aparecía en la Constitución.

El actual modelo europeo de constitucionalismo se presenta, por el contrario, como el resultado de la confluencia de estas dos tradiciones, de modo que la Constitución se concibe como norma jurídica con garantía jurisdiccional y, al mismo tiempo, con un denso contenido material o sustantivo que modela la vida social en su conjunto²⁸. Esto tiene dos consecuencias importantes. En primer lugar, la Constitución es una norma de eficacia o aplicación directa, es decir, “genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”²⁹ a través de los procedimientos jurisdiccionales ordinarios. Como resultado de su carácter normativo, “no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico —singularmente de una ley— para desplegar su fuerza vinculante”³⁰. Y, en segundo lugar, el texto constitucional se hace omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho. Como consecuencia de la tradición del Derecho constitucional europeo, las constituciones principialistas europeas tienden a ser “un programa directivo de

²⁵ Prieto Sanchís (2003), 108.

²⁶ Fioravanti (1996), 77.

²⁷ García de Enterría (2006), 45.

²⁸ Prieto Sanchís (2003), 108ss.

²⁹ *Ibid.*, 111.

³⁰ *Ibid.*, 116.

una empresa de transformación social y política”³¹. Esta “superlegalidad material”, hecha de valores, principios y derechos enormemente abstractos, incluye, como parte de los criterios normativos constitucionales, directamente aplicables por los jueces, los más diversos principios y directrices vinculados a los derechos de carácter social, económico y cultural. Puede decirse que no hay ninguna controversia, precepto legal o decisión administrativa que no tenga detrás una norma constitucional que lo confirme o lo contradiga. Este proceso de ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico “es lo que se ha llamado a veces el efecto ‘impregnación’ o ‘irradiación’ del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene en Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos”³².

El modelo americano, en cambio, nace con la Constitución federal de 1787 dentro de la cultura jurídica historicista del *common law* inglés, definido como un fondo de principios y valores fundamentales que son inherentes al ideal del *rule of law*. En esta tradición, los principios y valores constitucionales, escritos o no, ocupan una posición central en el ordenamiento jurídico, y es precisamente su centralidad la que los convierte en estándares desde los que poder “exigir cuentas a los *statutes*, a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales que son, que penetran en un Derecho común ya constituido”³³. La superioridad del *common law*, como Derecho no legislado, sobre los *statutes*, las leyes del parlamento, reside en “el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho común sitúa dentro del sistema que él representa, y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el legislativo”³⁴. Desde esta cultura jurídica, los revolucionarios americanos no luchan por derribar ningún ‘antiguo régimen’, sino al contrario, se esfuerzan “por restaurar el gobierno legítimo”, entendido de acuerdo con “los preceptos y garantías de la *ancient constitution* británica”³⁵. La Constitución americana, al igual que el *rule of law* inglés, tiene como única finalidad derrotar la omnipotencia de los legisladores, sustituyendo el Derecho histórico ‘indisponible’ por un texto orgánico escrito. En la tradición historicista, la omnipresencia de la Constitución (escrita o no) no se debe a su

³¹ Prieto Sanchís (2003), 108.

³² *Ibid.*, 119-120.

³³ García de Enterría (2006), 132.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Fioravanti (1999), 81, 87-88. No se afirma con ello que la Revolución Americana fuera hecha íntegra y exclusivamente con el objeto de restaurar la *ancient constitution britannica*, sino únicamente que se llevó a cabo en el contexto de la tradición del *common law*, es decir, utilizando los viejos instrumentos británicos del gobierno equilibrado o moderado contra la omnipotencia parlamentaria, primero contra el Parlamento inglés, y luego contra los excesos legislativos que, a juicio de los padres de la Constitución federal, cometieron algunos Estados tras la independencia.

carácter programático, sino a la naturaleza abierta de sus principios, cuyos requerimientos pueden aparecer, de un modo o de otro, detrás de todas y cada una de las leyes y decisiones públicas del sistema.

Además, el contenido sustantivo de la Constitución americana se limita a un reducido número de derechos y principios, cuya naturaleza es fundamentalmente de carácter negativo, en el sentido de que indican los límites o restricciones que no debe traspasar el ejercicio de la acción coercitiva del Estado. Como es sabido, el constitucionalismo americano tiene una fuerte raíz individualista, según la cual los derechos humanos consisten fundamentalmente en proteger las libertades individuales frente al posible ataque del Estado. Aunque es innegable que la evolución del modelo americano, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, “se ha orientado en un sentido si se quiere más europeo, es decir, abierto a una concepción sustantiva de protección de derechos”³⁶, no es menos cierto que dicho modelo sigue otorgando prioridad a las libertades negativas frente a las positivas en caso de conflicto³⁷.

ii) La omnipotencia judicial

En el modelo de Kelsen, la idea de la Constitución como norma fundamental no implica la supremacía judicial, precisamente porque dicha norma no incorpora ningún contenido material. El constitucionalismo de Kelsen se puede considerar la culminación del viejo constitucionalismo europeo, no sólo compatible con el legalismo, sino diseñado “al servicio de la soberanía parlamentaria”³⁸. En el actual modelo europeo, sin embargo, al igual que en el modelo americano, el valor normativo de la Constitución sustantiva o principialista, con criterios normativos materiales aplicables directamente por los tribunales, “desemboca en la omnipotencia judicial”³⁹. Una vez que la Constitución se considera inmersa dentro del

³⁶ Prieto Sanchís (2003), 112, n. 19. Esta deriva sustancialista estaría representada especialmente por la ‘justicia como equidad’ de Rawls, así como por la ‘lectura moral de la Constitución’ que articula la obra de Dworkin.

³⁷ Este punto puede verse claramente en la teoría de la justicia de Rawls, donde las libertades básicas del primer principio (derechos civiles y políticos) tienen prioridad respecto a las medidas redistributivas del segundo. Rawls reconoce los deberes positivos del Estado a la hora de garantizar una “equitativa igualdad de oportunidades” respecto a las posiciones sociales, que va más allá de la mera igualdad formal de los libertarios. Sin embargo, este reconocimiento de los deberes positivos resulta limitado por la prioridad del primer principio de justicia, lo que conduce a Rawls a negar la necesidad de asegurar el ‘valor equitativo’ de las libertades básicas, a excepción de las libertades políticas. Es decir, para Rawls, el Estado sólo está obligado a reducir las desigualdades sociales y económicas que impiden que la participación política tenga el mismo valor efectivo para todos los individuos; véase Rawls (2001), 148-150.

³⁸ Prieto Sanchís (2003), 118.

³⁹ *Ibid.*, 120.

ordenamiento jurídico como una norma suprema y garantizada, su necesaria aplicación por parte de los tribunales en los casos de que conocen, debe entenderse como parte de “las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento al imperio de la Ley y *iura novit curia*”⁴⁰. Tanto el modelo europeo como el americano se asientan en una Constitución dotada de un contenido material o sustantivo vinculante, es decir, “que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediabilmente la última palabra se encomienda a los jueces”⁴¹. El carácter directa e inmediatamente vinculante de la norma constitucional, sobre todo en materia de principios sustantivos y derechos fundamentales, da como resultado la supremacía judicial a través de la supremacía de los jueces respecto a la interpretación constitucional: “las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último”⁴².

Sin embargo, siguiendo con el argumento que dejamos más arriba, parece obvio que esta omnipotencia de los jueces tendrá un alcance muy distinto dependiendo de la cultura constitucional en la que se manifieste. En el marco de la cultura constitucional europea, donde la Constitución se suele concebir como una norma directiva general de transformación social, cuyo contenido material condiciona con mayor o menor detalle casi todos los ámbitos de la vida social y económica del país, la autonomía del legislador tenderá a ser menor que en una cultura jurídica como la norteamericana, descendiente de la tradición del *common law*, donde la Constitución escrita se concibe como un reducido conjunto de principios y derechos fundamentales tendentes a garantizar la integridad del sistema jurídico y la democracia.

Como vimos, la Constitución norteamericana ocupa el lugar del Derecho común en el sistema inglés, es decir, su superioridad respecto a la legislación ordinaria consiste en el dominio de unos principios formales y sustantivos que condicionan la labor de los

⁴⁰ García de Enterría (2006), 73. La vinculación directa de la Constitución como norma superior impone la obligación de interpretar conforme a ella la totalidad del ordenamiento jurídico. Como veremos mejor más adelante, este principio interpretativo implica una “presunción de constitucionalidad de las leyes”, según la cual, en caso de duda sobre el sentido de la legislación, debe preferirse siempre, dentro de lo razonablemente posible, aquella interpretación que permita a la disposición controvertida mantenerse dentro de los límites constitucionales. Este principio dirige la actuación de todos los jueces y tribunales en sus funciones aplicativas de la legislación, pero cabe considerarlo como un “verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, también afectante [...] a los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos” *ibid.*, 103.

⁴¹ Prieto Sanchís (2003), 110.

⁴² *Ibid.*, 121.

legisladores. Es cierto que, con la articulación democrática de esos principios, se legitima un mayor activismo judicial en el control de constitucionalidad de las leyes, lo que da paso “a un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes, sino sobre su validez misma, lo que implica su eventual anulación por ser contrarias a los principios fundamentales del sistema”⁴³. Sin embargo, en la cultura jurídica americana ese activismo no pasa de ser, en principio, “un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política”⁴⁴.

Por otra parte, es una característica específica del modelo europeo la reserva jurisdiccional del tribunal constitucional respecto a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. En efecto, a este órgano especial se le atribuye el ‘monopolio de rechazo’, pues ningún otro tribunal, ni siquiera el tribunal supremo, puede inaplicar o ‘corregir’ por sí mismo una ley por motivos de inconstitucionalidad. En caso de duda sobre la constitucionalidad de las leyes que han de aplicar, los jueces deben dirigir una *cuestión de inconstitucionalidad* al tribunal constitucional, el cual tiene la autoridad exclusiva para interpretar la Constitución a efectos de decidir sobre la validez de las leyes. La escisión del ordenamiento jurídico entre la justicia constitucional y la ordinaria es una herencia directa del modelo kelseniano, donde el juez constitucional puede limitar su tarea a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos acabados, la Constitución y la ley, sin tener en cuenta los intereses o valoraciones que subyacen a las leyes o a los casos concretos donde se aplican. El ‘juez constitucional’ no es un verdadero juez porque, como sugirió Kelsen, su función no consiste en aplicar normas previas a hechos concretos.

En el actual modelo europeo, con una Constitución principialista de carácter normativo directamente aplicable por todos los jueces y tribunales, los tribunales constitucionales no tienen jurisdicción fuera de las ‘cuestiones constitucionales’, es decir, no pueden entrar a resolver controversias judiciales o litigios⁴⁵. Tienen vínculos con el legislativo y con la judicatura, pero formalmente son un foro de discusión independiente de

⁴³ García de Enterría (2006), 133.

⁴⁴ Prieto Sanchís (2003), 108.

⁴⁵ No obstante, estos altos tribunales también pueden tener competencia, por ejemplo, para supervisar la regularidad de las elecciones y los referendos, o para controlar la legalidad de los partidos políticos, o para enjuiciar penalmente a los altos cargos del Estado, o para revisar la compatibilidad de las decisiones administrativas o judiciales con los derechos fundamentales. Siguiendo a Ferreres, cabría hablar de un “espectro de pureza”: desde los tribunales constitucionales de Bélgica y Luxemburgo, cuya única función es enjuiciar la validez de las leyes, hasta los de Alemania, Austria y España, con jurisdicción sobre una gran diversidad de materias (fundamentalmente, la de sentenciar los recursos de amparo por violación de algunos derechos fundamentales y con legitimación procesal activa de los particulares afectados, esto es, exactamente igual que en el sistema americano), pasando por los de Francia, Italia y Portugal, que tienen algunas tareas adicionales a su principal función de controlar la constitucionalidad de las leyes; véase Ferreres (2011), 31.

ambos. Ocupan su propio ámbito ‘constitucional’, que no es ni ‘político’ ni ‘judicial’. Por una parte, pretenden no invadir el espacio de decisión del parlamento, puesto que su tarea no es la de elegir la ‘mejor’ interpretación de los principios y valores constitucionales, sino únicamente impedir que las decisiones de los poderes públicos restrinjan injustificadamente, o sin una justificación adecuada de acuerdo con esos principios, los derechos protegidos; por otra parte, tampoco pretenden desempeñar el papel de un tribunal supremo, puesto que su labor no consiste en revisar la actividad judicial más allá de su adecuación al texto constitucional. “La jurisdicción constitucional parece basada, pues, en una cierta escisión del ordenamiento jurídico que obliga al Tribunal a un esfuerzo ‘autoinhibitorio’ a fin de no transformarse en un legislador positivo ni en un Tribunal Supremo”⁴⁶.

Sin embargo, en la práctica, el tribunal constitucional del modelo europeo funciona en muchos sentidos como un auténtico legislador positivo y, simultáneamente, como el más alto tribunal del sistema judicial. Dejaremos para un poco más adelante la justificación de la primera parte de esta tesis, para centrarnos de momento en la segunda. La estructura dualista del modelo europeo varía según las características de los procedimientos existentes para impugnar las leyes ante el tribunal constitucional. En el caso de los *recursos abstractos de inconstitucionalidad*, el tribunal no está ligado a los órganos de la jurisdicción ordinaria⁴⁷. Sin embargo, su actuación como tribunal supremo “se hace patente en el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales”, así como “en el modo de concebir la cuestión de inconstitucionalidad”, donde se pone de relieve que “el parámetro de enjuiciamiento constitucional difícilmente podrá prescindir de ingredientes de mera legalidad ordinaria”⁴⁸.

En el caso del *recurso de amparo* español o alemán, o en el recuso especial previsto en el sistema portugués, se aprecia una relación institucional ‘jerárquica’ entre ambas jurisdicciones especialmente intensa, puesto que en tales casos el tribunal constitucional tiene competencia para revisar las decisiones judiciales⁴⁹. En este tipo de recursos es imposible la abstracción de los hechos, “pues justamente el proceso de amparo consiste en el

⁴⁶ Gascón Abellán (1994), 68.

⁴⁷ Esta competencia coloca a los tribunales constitucionales en el centro de la lucha política, como puros legisladores negativos. Para este tipo de recursos, suelen tener legitimación activa por lo general las instituciones públicas, como el gobierno, el defensor del pueblo, el fiscal general del Estado, el parlamento, o una minoría cualificada de parlamentarios. A través de este procedimiento, los preceptos legales se impugnan directamente, sin necesidad de que se dicte una resolución administrativa o judicial. En algunos países, como Austria o Bélgica, los particulares también pueden impugnar directamente una ley que afecte a sus derechos; véase Ferreres (2011), 32-33, n. 22.

⁴⁸ *Ibíd.*, 66.

⁴⁹ El sistema portugués permite a los jueces ordinarios inaplicar a los casos concretos la legislación que estimen contraria a las normas constitucionales, ante lo cual las partes (o el fiscal) pueden recurrir al Tribunal Constitucional, al cual le compete decidir si el juez ordinario acertó o no cuando inaplicó la ley o cuando la declaró válida, *ibíd.*, 34.

enjuiciamiento de un acto de los poderes públicos a la luz de una norma constitucional, y es evidente que en esa tarea no cabe prescindir de los hechos, conductas o situaciones que motivaron dicho acto”⁵⁰. En estos recursos, en suma, la tarea del tribunal constitucional no es hacer un juicio de compatibilidad lógica, sino determinar el carácter justificable de una cierta actuación pública.

Además, la interpretación y aplicación de las leyes depende en buena medida de la fuerza y extensión con que se interpreten las normas constitucionales. Parece, pues, casi inevitable que, en algunos casos, el tribunal constitucional sobrepase el mero juicio de constitucionalidad de las decisiones judiciales, para acabar revisando la aplicación del Derecho ordinario o incluso la misma valoración de pruebas. Como señala Gascón Abellán, “parece en verdad difícil que quien está llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes no traspase esa frontera y termine custodiando la ‘mejor’ interpretación de entre varias posibles, todas constitucionales”⁵¹.

Por último, en la distinción entre los dos modelos de supremacía judicial, se suele alegar que mientras el modelo americano promueve un control ‘concreto’ de constitucionalidad, donde un particular alega el perjuicio de sus derechos constitucionales por obra de un determinado acto estatal, el modelo europeo requiere un control ‘abstracto’, donde una minoría parlamentaria o algún órgano con especial legitimación impugnan una ley por considerarla contraria a la Constitución. Sin embargo, como explica Alfonso Ruiz Miguel, el grado de abstracción de un razonamiento judicial y su relación con los casos concretos no depende tanto del procedimiento adoptado como “de lo que podría denominarse el grado de subsuntividad entre el caso o casos y la norma legal que los incluye y entre esta misma norma legal y el principio o norma constitucional tenido por relevante”⁵². En el modelo americano de control constitucional, el grado de abstracción es también muy alto, no sólo porque los casos llegan al tribunal supremo en términos muy abstractos, sino también, y fundamentalmente, porque la mayoría de las veces el contenido del Derecho considerado relevante es objeto de desacuerdo. Para resolver los casos, los jueces no sólo tienen que interpretar las leyes más directamente aplicables a los hechos concretos, sino todo el Derecho relevante, incluidos los valores y principios constitucionales. Es decir, tienen que realizar un tipo de argumentación muy similar al que emplean los tribunales constitucionales europeos cuando evalúan la constitucionalidad de las leyes.

⁵⁰ Gascón Abellán (1994), 66-67.

⁵¹ *Ibíd.*, 68.

⁵² Ruiz Miguel (2000), 154.

iii) El ‘juez constitucional’ como legislador positivo

La inclusión de criterios normativos materiales en el actual modelo europeo de revisión, hace que éste se aproxime significativamente al modelo americano. Como Kelsen temía, la protección constitucional de los derechos humanos ha traído consigo la participación plena de los jueces constitucionales en la función legislativa positiva o creativa. No es posible, por tanto, en el actual modelo europeo, la distinción entre los legisladores positivo y negativo que legitimaba la revisión constitucional kelseniana.

La intervención de los jueces como legisladores positivos es clara en el modelo de revisión de los Estados Unidos. Como se sabe, toda sentencia del Tribunal Supremo recibe fuerza *erga omnes* como derivación del valor de precedente que adquiere su justificación para ulteriores casos similares. En las sentencias que podemos considerar ejercicio de la jurisdicción constitucional, el Tribunal decide un recurso contra una previa resolución de los tribunales federales o estatales en la que se ha aplicado (o no aplicado) una ley que el recurrente considera inconstitucional (o, en el caso de inaplicación, constitucional), concluyendo en la anulación o ratificación del fallo recurrido. Pero el contenido normativo de estas sentencias no está en su conclusión, que tiene los efectos propios de la *res iudicata*, “sino en la opinión que conduce a ella, pues es esta opinión la que establece la regla del Derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad [...] de la ley, [...], sino también las razones que fundamentan este juicio”⁵³. De este modo, la declaración judicial de inconstitucionalidad “no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto”⁵⁴. Los efectos *erga omnes* de dicha declaración sólo se extienden a todas las aplicaciones de la misma ley que puedan considerarse iguales y que supongan una interpretación similar del texto legal.

En el modelo europeo, en cambio, la fuerza *erga omnes* de las decisiones de los tribunales constitucionales se predica, en principio, únicamente del fallo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, como mero efecto de la cosa juzgada y con independencia de los fundamentos. Sin embargo, existen diversos tipos de decisiones del tribunal constitucional que introducen en el modelo europeo una especie de sistema de precedentes. En concreto, cabe mencionar las sentencias ‘interpretativas’ y ‘manipulativas’, así como, en el caso alemán y español, las que resuelven los recursos de queja o de amparo.

⁵³ Rubio Llorente (1988), 17-18.

⁵⁴ *Ibid.*, 18.

Las sentencias interpretativas parten de la distinción entre el enunciado normativo y la norma o interpretación posible de tal enunciado, de modo que el tribunal establece las interpretaciones constitucionalmente legítimas e ilegítimas de un texto legal⁵⁵. Esta técnica cuasi legislativa, por la que el tribunal precisa o modifica el alcance de una determinada disposición, han servido “para introducir criterios positivos de constitucionalidad a través de sentencias no anulatorias cuyo alcance, además, no se restringe exclusivamente al fallo, sino que remite a la argumentación previa”⁵⁶. Las sentencias manipulativas van incluso más lejos, puesto que señalan qué modificaciones (reductora, aditiva o sustitutiva) necesita una ley para ser considerada constitucional, lo que “ha permitido al legislador negativo asumir la función de legislador a secas”⁵⁷. Por último, a través de la resolución de los recursos de queja o amparo, “la construcción de una rica y compleja doctrina sustantiva en materia de derechos y libertades ha tenido decisivos efectos en el conjunto del Derecho legislado y del aplicado por el conjunto de los jueces”⁵⁸.

A la vista de este tipo de sentencias, parece evidente que en el modelo europeo la fuerza vinculante de los fallos del tribunal constitucional se extiende también a su fundamentación; y, dada la posición jerárquica de dicho tribunal, la fundamentación de sus fallos “no vincula a título de precedente jurisprudencial, sino que opera directamente sobre el ordenamiento jurídico”⁵⁹. Esta conclusión cabría extenderla al resto de decisiones del tribunal o, más concretamente, a todas las interpretaciones en que aquéllas se basan, puesto que todas las interpretaciones de la jurisdicción constitucional ostentan en la práctica fuerza legislativa o, dicho de otro modo, el fundamento de sus sentencias representa una forma de legislación⁶⁰.

⁵⁵ Este tipo de sentencias es “el resultado del principio de conservación de las normas”, el cual está “directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución [...] del que se deriva que una ley sólo debe ser considerada nula cuando no admita ni una sola interpretación conforme a la Constitución”, Gascón Abellán (1994), 70.

⁵⁶ Ruiz Miguel (2000), 149.

⁵⁷ Rubio Llorente (1988), 38.

⁵⁸ Ruiz Miguel (2000), 149.

⁵⁹ Gascón Abellán (1994), 74.

⁶⁰ *Ibid.*, 76. En España, el principio del *stare decisis* respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene un sólido apoyo tanto en el artículo 161.1.a) de la Constitución (“La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”), como en el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del mismo Tribunal (“la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales”). Ambos preceptos sólo cobran pleno sentido si “la vinculación de los poderes públicos se entiende referida a las sentencias constitucionales en su totalidad, esto es, también a las declaraciones que sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales se incluyen en los fundamentos” Rubio Llorente (1988), 34. Pero donde este principio se ve definitivamente respaldado es sin duda por la obligación que el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a todos los jueces y tribunales de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos “según los

A lo anterior habría que añadir la existencia en algunos países europeos, como Francia y Portugal, de un control preventivo (control *a priori*) que permite impugnar las leyes con anterioridad a su promulgación. Este tipo de procedimiento supone, en la práctica, una invitación al tribunal constitucional para que asesore al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley con el fin de que éstos resulten constitucionalmente legítimos. Lo cual convierte a dicho tribunal en un auténtico colegislador⁶¹.

No parece, pues, que quepa dudar de la capacidad del tribunal constitucional para legislar positivamente. En los procedimientos de inconstitucionalidad (recursos y cuestiones), dicha capacidad resulta evidente; pero en todo tipo de procesos (incluidos los procesos de amparo) las interpretaciones del tribunal ostentan prácticamente fuerza legislativa, innovando directa y positivamente el ordenamiento jurídico. Lo cual nos da una idea del papel que se atribuye a los tribunales constitucionales en el modelo europeo, sin parangón en el modelo americano. Como señala Genaro R. Carrió, el poderoso Tribunal Supremo norteamericano “no es un superlegislador que desde su superinvestidura puede derogar una ley entera ejerciendo un control ‘al mayoreo’”⁶². Al contrario, su control de constitucionalidad se ejerce “en el contexto de un conjunto circunscripto de hechos, los que constituyen el caso, y que vale solamente para ellos y en función de los mismos”. Los tribunales constitucionales del modelo europeo son “órganos centralizados de control”, “de talante cuasi-legislativo”, que, como tales, “corren el riesgo de convertirse en superlegisladores y de considerarse habilitados a imponer su juicio sobre la validez de las leyes, sin saber qué resultados dará o daría la aplicación práctica de las mismas”⁶³. Más adelante trataré de defender que la peculiar posición jerárquica de este tribunal se corresponde con un modo muy característico de revisión de constitucionalidad de las leyes, en el cual el análisis de proporcionalidad se configura como un juicio de optimización racional del bien común.

preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

⁶¹ En España, el control previo de constitucionalidad frente a Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía fue abolido en 1985, mediante la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. *Ibíd.*, 69, n. 20.

⁶² Carrió (1991), 156.

⁶³ *Ibíd.*, 157.

B. La teoría del ‘neoconstitucionalismo’

Como intento de reconstrucción racional y justificación teórica del nuevo modelo europeo de justicia constitucional, existe en la Europa continental una importante corriente de filosofía del Derecho a la que se suele denominar ‘neoconstitucionalismo’. En realidad, más que una teoría articulada y homogénea, se trata de una corriente de pensamiento donde existen desacuerdos importantes. Por este motivo, resulta poco menos que imposible articular una teoría coherente en la que quepan todos los autores que han tratado de dar un fundamento teórico al actual modelo europeo (o, lo que es lo mismo, al ‘Estado constitucional de Derecho’). Para los propósitos de este trabajo, me centraré en el ‘constitucionalismo iusnaturalista’ o ‘principialista’, especialmente en la concepción de Robert Alexy, como la elaboración teórica más representativa de lo que se suele denominar ‘neoconstitucionalismo’⁶⁴. En mi exposición comenzaré con los rasgos más filosóficos de dicha teoría, para luego pasar a algunos aspectos concretos de su concepción del Derecho. En mi exposición me valdré de la terminología y de los enfoques de Luis Prieto Sanchís para avanzar en el proceloso mundo de la teoría constitucionalista europea contemporánea.

a) Aspectos conceptuales o metodológicos

Según Prieto, la teoría del neoconstitucionalismo “representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último”⁶⁵. Precisamente el alcance de dicha revisión supone el principal debate entre los autores interesados en fundamentar la *novedad* del ‘Estado constitucional de Derecho’ respecto al Estado legalista de Derecho típico de la Europa continental del siglo XIX y principios del XX. Para los autores del neoconstitucionalismo, este fenómeno trae consigo un nuevo ‘paradigma’, una nueva forma de ver el Derecho en la que existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moral. En este nuevo paradigma, la validez de las normas jurídicas no

⁶⁴ Esta identificación es habitual entre los autores, véase Stone Sweet y Mathews (2008) y Cohen-Eliya y Porat (2011). En este trabajo, dicha asociación obedece a que la obra de Alexy está elaborada a partir del modo de revisión típico del Tribunal Constitucional alemán, el cual, a su vez, es el más representativo de una concepción optimizadora de la proporcionalidad y los derechos constitucionales. Mi propósito en el próximo capítulo es comparar la proporcionalidad ‘europea’, referida especialmente al alto tribunal alemán, con la proporcionalidad empleada por los jueces dentro del modelo *commonwealth*. Por último, al basar la comparación en el tipo de proporcionalidad empleada, mi intención es mostrar el importante papel que juega la doctrina de la deferencia debida en el modelo *commonwealth*, haciendo así evidente la necesidad de ultimar este trabajo con un desarrollo más detallado de dicha doctrina.

⁶⁵ Prieto Sanchís (2003), 103.

depende únicamente de cuestiones de hecho, es decir, del respeto empíricamente comprobable a las condiciones formales de competencia y procedimiento, sino de su adecuación a los principios y derechos contenidos en la Constitución, lo cual exige necesariamente el uso de la argumentación moral⁶⁶.

Frente a este enfoque, otros autores creen que el fenómeno de la constitucionalización del Derecho no impide seguir manteniendo la separación conceptual entre el Derecho y la moral. En este sentido, destaca especialmente la teoría del constitucionalismo ‘garantista’ o ‘de los derechos’ de Luigi Ferrajoli. En esta teoría, el modelo europeo de revisión constitucional recibe su fundamento desde una concepción que se ajusta estrictamente a la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho, según la cual debemos reconocer como Derecho “a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia”⁶⁷.

Sin embargo, como señala Prieto, esta visión de las fuentes del Derecho no se ajusta al nuevo paradigma. En el Estado constitucional de Derecho, la argumentación moral no sólo sirve para la aplicación de las normas indeterminadas, como ha ocurrido siempre que se incluían en la legislación valores o conceptos morales, sino que se abre paso dentro del núcleo de la producción legislativa, es decir, en la *identificación* del Derecho. En palabras del autor:

La tesis de las fuentes sociales se ajusta perfectamente al esquema del Estado legislativo de Derecho. Pero justamente esto es lo que no parece tolerar el Estado constitucional de Derecho: aquí las pautas morales ya no sólo aparecen como delegaciones de la Constitución o de la ley para que el juez adopte decisiones incluso cuando el Derecho legal aparezca indeterminado, lo que ha ocurrido siempre con los variados conceptos morales incorporados a la ley, sino que tales pautas se erigen en criterios internos para juzgar la pertenencia de las normas al ordenamiento; es decir, que el razonamiento moral se hace presente, no sólo en la *aplicación* del Derecho, sino también en su *identificación*⁶⁸.

Por tanto, el neoconstitucionalismo parece tener razón al centrarse especialmente en la metodología de la proporcionalidad como piedra angular de la razón jurídica. A mi juicio, el neoconstitucionalismo plantea la cuestión decisiva en el diseño institucional. En lugar de

⁶⁶ Comanducci (2002), 100-101. Haciendo uso de las tres acepciones que distinguió Roberto Bobbio para referirse al positivismo jurídico, el autor distingue entre el neoconstitucionalismo como método (la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral), como teoría (la defensa de una ciencia jurídica normativa) e ideología (la afirmación de una obligación moral de obediencia al Derecho).

⁶⁷ Ferrajoli (2011), 16.

⁶⁸ Prieto Sanchís (2011), 232.

centrarse en el reparto de jurisdicciones, asumiendo un marco constitucional soberanista, la cuestión que nos debe preocupar en un Estado constitucional es qué debemos entender por justificación adecuada de las decisiones públicas en un sistema de protección de derechos fundamentales. En palabras de Moreso, la pregunta decisiva en el diseño constitucional es “¿cuál ha de ser el lugar de las normas jurídicas en el razonamiento práctico? O bien ¿cómo ha de ser nuestro diseño institucional para que las normas jurídicas ocupen el lugar adecuado en la estructura básica de las instituciones de una sociedad justa?”⁶⁹. En este sentido, la legalidad como razón pública que vimos en la segunda parte se podría entender también como una teoría neoconstitucionalista, por cuanto que pretende describir el modelo *commonwealth* de revisión como una forma de cultura de la justificación. De hecho, más adelante trataré de describir las diferencias entre los modelos europeo y *commonwealth* como dos visiones de este tipo de cultura jurídica.

Dentro del neoconstitucionalismo europeo, Alexy se ha significado en la defensa de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral. A mi juicio, sin embargo, su enfoque es compatible con la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral. Como es bien conocido, Alexy recupera lo que se ha venido a llamar ‘la fórmula Radbruch’, establecida en los años cuarenta por Gustav Radbruch, según la cual el Derecho positivo, “asegurado por su sanción y el poder”, no pierde su carácter jurídico cuando su contenido es injusto y disfuncional, “a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’, tenga que ceder ante la justicia”⁷⁰. En torno a esta fórmula se ha desarrollado una jurisprudencia estable en los altos tribunales de Alemania, sirviendo de base para invalidar las leyes extremadamente injustas del régimen nazi (después de 1945) y de la República Democrática Alemana (después de 1989). Según Alexy, se demostraría así una conexión parcial, pero necesaria, entre el ser y el deber ser del Derecho. El Derecho positivo no tiene que ser justo para ser Derecho (como reclamaba el Derecho natural clásico), pero sí tiene que respetar el umbral de la extrema injusticia, pues en caso contrario perdería su validez o carácter jurídico⁷¹. Para llegar a esta conclusión, Alexy considera indispensable adoptar el punto de vista del participante en un sistema jurídico, por oposición al enfoque del observador que es propio del positivismo jurídico, ya que sólo desde la perspectiva del participante se hace evidente la

⁶⁹ Moreso (2003), 280.

⁷⁰ Citado en Alexy (1999), 15-16.

⁷¹ *Ibid.*, 22-23.

“pretensión de corrección” que trae consigo toda norma, decisión o sistema jurídicos⁷². Según el autor, es esta pretensión la que determina el carácter del Derecho, y es la que desaparece en los casos de extrema injusticia.

En mi opinión, esta forma de argumentar sólo permite establecer una conexión contingente entre el Derecho y la moral, por lo que sería perfectamente compatible con la posición del positivismo incluyente⁷³. Si la prueba del vínculo entre ambos es que los jueces constitucionales se comportan de un cierto modo e invalidan algunas leyes por ser extremadamente injustas, de tal modo que dicha doctrina se acaba aceptando en la comunidad judicial, entonces estamos asumiendo que la entrada en vigor de la fórmula Radbruch en un sistema jurídico depende de hechos y actitudes fácticamente comprobables, y no de su valor moral intrínseco. Lo cual es precisamente lo que afirman los positivistas incluyentes⁷⁴. Es más, desde la teoría del neoconstitucionalismo, la constitucionalización del sistema jurídico no se concibe como una evolución interna del sistema, sino como una auténtica ‘revolución’, producida por la entrada de criterios normativos materiales en su regla de reconocimiento⁷⁵.

En este sentido, Prieto señala que el neoconstitucionalismo iusnaturalista o de principios es perfectamente compatible con el positivismo metodológico, entendido como “una concepción a propósito del Derecho como fenómeno social estrechamente vinculado al uso de la fuerza y separado de la moral crítica o racional, cualquiera que ésta sea y cualquiera que sea nuestro punto de vista sobre la justicia”⁷⁶. Sin embargo, para Prieto, la defensa de esta separación entre la moral y el Derecho no responde únicamente a razones conceptuales, sino también a razones de carácter moral y político. Para el autor, el

⁷² Ibid., 26-27. Alexy considera que esta pretensión de corrección se demuestra haciendo ver las contradicciones performativas a que se ven conducidos aquellos que niegan explícitamente la pretensión de corrección de una norma, decisión o sistema jurídicos, véase Alexy (2004), 34ss.

⁷³ Con este nombre se suele designar la posición de Hart en su célebre *Postscript*, según la cual sólo podemos probar una conexión entre el Derecho y la moral cuando se da la contingencia de que el Derecho incorpora los principios de una moralidad sustantiva “crítica” o “ilustrada”. Dicha moralidad se basaría, según el autor, en “el derecho de todos los hombres a igual consideración”, es decir, en la idea de que “todos los seres humanos [...] tienen derecho a ciertas protecciones y libertades”, Hart (1994), 206.

⁷⁴ Esta confluencia ha sido descrita certeramente por Alfonso García Figueroa. Según este autor, el neoconstitucionalismo representa una “nueva concepción del fenómeno jurídico”, la cual surgiría “a partir de la constatación de la convergencia de un iusnaturalismo débil continental, cuyo máximo exponente seguramente sea la teoría de Robert Alexy, con un positivismo débil angloamericano que se ha desarrollado a partir de las inseguridades cundidas en el positivismo jurídico hartiano tras el ataque infligido a éste por Ronald Dworkin”, García Figueroa (2003), 161.

⁷⁵ Como señala Rubio Llorente, “la introducción de la justicia constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución”, Rubio Llorente (1988), 21; en un sentido similar, García Figueroa afirma que “el impacto del constitucionalismo se hace más sensible en donde representa una verdadera *novedad*, esto es, en la cultura jurídica estatista y legicéntrica del continente”, García Figueroa (2003), 162 (énfasis en el original).

⁷⁶ Prieto Sanchís (2011), 237.

constitucionalismo garantista sería un “saludable distanciamiento”, por cuanto que, “como manifestación de la Ilustración consecuente”, asume que “el Derecho y su fuerza son un mal, acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo, que conserva siempre un residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral, siempre crítica y externa al Derecho positivo”⁷⁷. Debemos, pues, según esto, mantener la separación positivista entre el Derecho y la moral como el mejor modo de impedir que se introduzca un contenido moral execrable en los principios constitucionales.

Este argumento recuerda a la crítica que dirigió Bentham contra la tradición del *common law*. Según este autor, la tradición del *common law* debía combatirse por cuanto que fomentaba un “espíritu de quietismo servil”, al afirmar que todo sistema jurídico ha de ser reconocido como justo y obligatorio simplemente por ser Derecho⁷⁸. El propio Hart también se hizo eco de este argumento normativo, afirmando que, cuando nos enfrentamos al “abuso formal de poder” (del poder dado a los funcionarios por las leyes), debemos tener presente que “la certificación de algo como legalmente válido no es concluyente sobre la cuestión de la obediencia, y que, por muy grande que sea el aura de majestad o autoridad del sistema jurídico, sus demandas deben someterse en última instancia al escrutinio moral”⁷⁹. Frente a un sistema jurídico inmoral, Bentham y Hart creen que la decisión de desobedecer presenta un genuino dilema moral en el que el ideal de fidelidad al Derecho ha de sacrificarse en favor de fines más fundamentales.

Según Prieto, Ferrajoli acierta al señalar que “la autonomía del punto de vista externo” nos previene frente a las dos supuestas confusiones entre Derecho y moral presentes en el constitucionalismo contemporáneo: “la confusión del Derecho con la moral operada por las distintas versiones del iusnaturalismo [y] la confusión de la moral con el Derecho operada por las distintas versiones del *legalismo ético* y en particular por la del *constitucionalismo ético*”⁸⁰. Sin embargo, si no lo entiendo mal, la necesidad de la posición externa y crítica sólo aflora en el primer caso, es decir, cuando la constitucionalización se concibe como la introducción en el sistema jurídico de una moralidad sustantiva externa al Derecho, puesto que entonces la conexión puede entenderse como contingente o histórica y, por lo tanto, perfectamente compatible con el positivismo jurídico. Si la moralidad incluida

⁷⁷ Prieto Sanchís (2008), 332.

⁷⁸ Postema (1986), cap. 8.

⁷⁹ Hart (1994), 210. Liam Murphy resume del siguiente modo “la tesis política del positivismo”: “es deseable una actitud alerta y crítica hacia el sistema jurídico porque una cultura jurídica y política donde prevalece esta actitud escéptica es más probable que progrese hacia la justicia sustantiva (lejos de la injusticia) y menos probable que se retire de la justicia ya conquistada”, Murphy (2001), 398.

⁸⁰ Prieto Sanchís (2008), 332 (énfasis añadido).

en el Derecho es contingente, entonces necesitamos un punto de vista externo y crítico que nos permita controlar la calidad moral del Derecho positivo.

Por el contrario, dicha necesidad desaparece cuando la constitucionalización del Derecho se concibe como el resultado del funcionamiento real de un sistema jurídico democrático. Como Prieto reconoce, el positivismo jurídico parece incompatible con la conexión entre el Derecho y la moral “que suele recurrir al constructivismo y considerar el Derecho (democrático) como fuente de la moralidad y de la justicia, postulando así una conexión necesaria entre Derecho y moral en la línea del positivismo ético”⁸¹. En este caso, la prueba moral del Derecho es interna al Derecho mismo; son los propios procedimientos democráticos de producción de normas jurídicas los que permiten construir una moralidad política bien fundada. Para esta concepción, el Derecho (entendido como legalidad) no representa un mal que haya que remediar, sino el remedio frente al ejercicio arbitrario del poder político en general⁸². Éste es precisamente el punto de vista que adopta la legalidad como razón pública: el Derecho se conecta con la moral no por asumir unos criterios morales sustantivos externos al Derecho, sino porque el Derecho mismo, entendido como legalidad, supone la fuente de la moralidad política.

Ahora bien, el problema de adoptar una posición constructivista es que parece borrar la configuración de los derechos como límites para la toma de decisiones por mayoría. Como señala Prieto, desde las posiciones del constructivismo ético “sencillamente no se comprende que algunas normas puedan ser jurídicas *sólo* por su valor moral si no han pasado antes por el tamiz de la democracia, es decir, si no son identificables mediante los hechos que constituyen el procedimiento democrático”⁸³. El enfoque procesal de la revisión que defiende esta concepción, no militaría, por tanto, “a favor de un constitucionalismo fuerte, sino, más bien al contrario, de una democracia basada sólo en el principio mayoritario”⁸⁴. Se situaría, en este sentido, fuera del actual paradigma constitucionalista.

En efecto, en los modelos deliberativos de Habermas y Nino, se asume un enfoque abierto de la deliberación, de tal modo que se espera del propio funcionamiento real de la democracia la resolución de las cuestiones constitucionales, sin más precondiciones que las que exige la integridad de la toma de decisiones por mayoría. Los derechos constitucionales,

⁸¹ Prieto Sanchís (2011), 237.

⁸² Waldron (2008), 11, respondiendo a Raz (1979), 224, donde éste afirma que el imperio de la Ley es un “valor negativo”, puesto que su función consiste en minimizar el peligro de arbitrariedad que crea el Derecho mismo, es decir, el gobierno por medio del Derecho. Para Waldron, igual que para la legalidad como razón pública, existiría una conexión necesaria entre el imperio del Derecho (*rule of law*) y el imperio por medio del Derecho (*rule by law*).

⁸³ Prieto Sanchís (2011), 236.

⁸⁴ *Ibíd.*

por el contrario, requieren un compromiso previo con el respeto a los derechos humanos, lo cual parece exigir el cierre o la clausura de la deliberación. De ahí que la teoría del discurso de Habermas y el constructivismo ético de Nino abracen un enfoque estrictamente procedimental de la revisión judicial, en el que los jueces no deben interferir en la labor de determinación sustantiva de los derechos, la cual se reserva en exclusiva al legislador democrático. Como vimos, ambos autores asumen un enfoque en el que la deliberación democrática ocurre únicamente en el momento de la producción legislativa de normas jurídicas, no en el de su aplicación judicial.

Sin embargo, si consideramos también el momento aplicativo como parte del procedimiento democrático de producción normativa (como parte del “tamiz de la democracia”), es decir, si asumimos la revisión judicial de constitucionalidad como un mecanismo que, lejos de recortar o debilitar la deliberación, la fortalece y fomenta, entonces los derechos y principios constitucionales pueden ser entendidos, al mismo tiempo, como condición y resultado de dicha deliberación. Por una parte, aunque estos derechos y principios son criterios sustantivos que limitan al legislador en la producción de normas, su contenido está siempre abierto a una pluralidad de posibles interpretaciones en los contextos de los casos particulares (o, dicho de otro modo, son normas abiertas a interpretación según las circunstancias de su aplicación). De ahí que, en el modelo *commonwealth*, la determinación judicial de las violaciones de los derechos se considere siempre como un juicio *prima facie*, que deja abierta la posibilidad de que el legislador argumente a favor de la justificación de la medida infractora. Por otra parte, como señala Sandra Fredman, “los derechos humanos no son simplemente cuestiones morales abiertas; están basados en un consenso que se ha fraguado en el tiempo y que recibe una aceptación universal respecto a los reclamos fundamentales de los seres humanos en una sociedad política”⁸⁵. Es precisamente dentro del marco de este consenso deliberativo previo donde deben tener lugar la toma de decisiones de todos los poderes públicos⁸⁶.

En mi opinión, la plausibilidad de este enfoque constructivista se hace más evidente cuando nos situamos en los sistemas jurídicos del *common law*. A diferencia del mundo del

⁸⁵ Fredman (2015), 452.

⁸⁶ El constructivismo ético se basaría, por tanto, en la naturaleza autoreflexiva del Derecho: la autoridad del Derecho (su fuerza vinculante) depende de que la producción de normas jurídicas respete los límites y garantías legales. Cuando la legalidad incluye los estándares normativos de los derechos humanos como criterios morales sustantivos para la revisión de las leyes, se produce el mismo fenómeno de autoreflexividad. Los derechos y principios constitucionales sirven como puntos de referencia para disciplinar la toma de decisiones legislativas y judiciales, pero, al mismo tiempo, esos derechos son producto de la deliberación democrática (tanto en sede parlamentaria como en sede judicial), y deben estar siempre abiertos a la deliberación.

civil law, los modelos americano y *commonwealth* de revisión constitucional están basados en la idea de que la constitucionalización del ordenamiento jurídico no supone ninguna *novedad*. En el caso del modelo americano, la constitucionalización se produce *ab initio*. Los derechos ‘liberales’ clásicos o de primera generación se conciben como consustanciales al sistema jurídico norteamericano. Esto explicaría el hecho de que autores como Dworkin, que parten de este modelo para articular su teoría constitucional, no aprecien el carácter contingente de tales principios, puesto que dicho carácter sólo emerge cuando salimos del sistema histórico-concreto y comprobamos que otros sistemas jurídicos incorporan a sus constituciones otros tipos de moralidad política⁸⁷.

En el modelo *commonwealth*, la promulgación de una Constitución principialista, o la declaración formal de una carta de derechos fundamentales sin estatus constitucional (*Bill of Rights*), representa una evolución, sin duda importante, del sistema jurídico mismo, pero no su transformación radical. Como he tratado de mostrar en la segunda parte de este trabajo, la teoría de la legalidad como razón pública afirma la conexión conceptual entre el Derecho y la moral a partir de lo que Fuller denominó ‘la moralidad interna del Derecho’, es decir, del tipo de moralidad que presupone la concepción del Derecho característica de la tradición del *common law*. Según esta concepción, “una dictadura que se vista con el oropel de la forma jurídica puede distanciarse tanto de la moralidad del orden, de la moralidad inherente al Derecho mismo, que cese de ser propiamente un sistema jurídico”⁸⁸. El propio Alexy trata de reforzar su argumento a favor de la conexión necesaria vinculando la “pretensión de corrección” del Derecho a los ocho principios formales de Fuller, pero incluyendo a su vez la justicia sustantiva, es decir, una “moralidad externa” al Derecho⁸⁹. Con ello, Alexy parece creer que los jueces no sólo son capaces de determinar la justicia que establece el Derecho, sino también la justicia que viene dada por una “ley superior”, situada supuestamente en “un área nuclear de los derechos humanos”, a través de la cual pueden legislar moralmente y determinar qué se puede considerar de modo objetivo una injusticia extrema⁹⁰. Desde el punto de vista del *common law*, por el contrario, la presencia de la

⁸⁷ A mi modo de ver, en esto consistiría la crítica de Hart al particularismo de Dworkin. Según la teoría de la adjudicación de Dworkin, los estándares liberales de moralidad están ya de forma inmanente en el Derecho, esperando a que los jueces los traigan a la superficie en las justificaciones de sus decisiones. La crítica de Hart a esta concepción consiste en poner de relieve que la inmanencia de los estándares liberales depende de hechos contingentes de la historia de los sistemas jurídicos concretos, Hart (1994), 250. Dicho particularismo explicaría los problemas a los que se enfrenta la concepción de Dworkin al tratar de explicar la actuación que deben seguir los jueces dentro de sistemas jurídicos que incorporan una moralidad política inaceptable desde un punto de vista liberal, véase Raz (1995), 224 y Dyzenhaus (2010), 180-186.

⁸⁸ Fuller (1958), 660.

⁸⁹ Alexy (1999), 28.

⁹⁰ *Ibid.*, 34.

justicia sustantiva en el Derecho no es producto de la introducción de una moralidad externa al orden jurídico, sino el resultado del desarrollo de los valores que son inherentes al orden jurídico.

b) Una nueva teoría del Derecho

Respecto a la teoría del Derecho, Prieto Sanchís resume las tesis del neoconstitucionalismo en los siguiente cinco puntos: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución [...]; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores”⁹¹. Todos estos rasgos serían reflejo de la práctica del constitucionalismo europeo, excepto quizá el de la “omnipotencia judicial”. Como veremos, la deriva o vocación judicialista del neoconstitucionalismo no deja de ser una anomalía dentro de un modelo de jurisdicción concentrada en la que el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la operación de inaplicar total o parcialmente las leyes con el fin de eliminar sus defectos inconstitucionales, corresponde en exclusiva al tribunal constitucional, que no forma parte del poder judicial⁹².

Comencemos por la tesis según la cual las normas sustantivas de la Constitución deben concebirse como principios y, por tanto, como normas que requieren siempre de un juicio de ponderación para su aplicación en los casos concretos. En la práctica del constitucionalismo europeo, las cuestiones constitucionales se plantean habitualmente como conflictos de derechos o principios de idéntico estatus. Si una ley interfiere en un derecho o principio fundamental, la cuestión se plantea como un conflicto entre el derecho infringido y el principio o derecho que pretende proteger la disposición legislativa, sin presuponer ninguna relación jerárquica entre ambos.

Además, como vimos, las constituciones europeas ofrecen orientaciones en las más heterogéneas esferas de la vida social, de modo que la norma constitucional ‘impregna’ cualquier materia de regulación legal. Sus requerimientos no sólo operan como límites al poder, sino también como instrumentos de modelación del orden social. Por ello, el neoconstitucionalismo europeo plantea una concepción de los derechos según la cual no hay derechos o límites identificables al poder político con carácter previo a la aplicación del juicio de ponderación en el contexto de cada caso concreto. Según esta concepción, no hay una distinción significativa entre derechos y bienes públicos (o directrices políticas), ambos

⁹¹ Prieto Sanchís (2003), 117; Alexy (2004), 160.

⁹² Ferreres (2011), 171ss.

son bienes sustantivos que deben optimizarse. Toda cuestión jurídica puede constitucionalizarse convirtiéndola en un conflicto de principios que el juez puede resolver mediante la metodología de la proporcionalidad. Por ejemplo, si una ley interfiere en la libertad de expresión en nombre del orden público, o en el derecho de propiedad con el fin de proteger el medio ambiente, la cuestión se configura como un conflicto entre los mencionados derechos y los principios o derechos invocados por la ley.

A esta omnipresencia de los principios constitucionales le sigue la omnipotencia de los jueces, por cuanto que tales principios no son meras directrices políticas, sino normas directamente aplicables por los tribunales de justicia. Según los teóricos del neoconstitucionalismo, corresponde a los jueces la supremacía en la interpretación constitucional, de modo que “las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último”⁹³. Y puesto que los principios constitucionales pueden orientar, en principio, cualquier asunto al que decida dirigirse el legislador, toda decisión legislativa dependerá, para su aplicación, del juicio de ponderación que realice el juez entre los diferentes intereses fundamentales que aparecen en los casos de los que conoce. Frente a la teoría positivista tradicional de las fuentes del Derecho, en el nuevo modelo europeo los jueces ya no tienen que aplicar la Constitución a través de la ley, sino que deben hacerlo directamente, sobre todo en materia de derechos fundamentales. De este modo, como señala Prieto, el neoconstitucionalismo abre la posibilidad de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada⁹⁴.

Sin embargo, para los autores del neoconstitucionalismo, la vocación judicialista del modelo europeo de revisión no supone una apropiación ilegítima por parte de los jueces de la iniciativa que debe corresponder al legislador democrático. La ponderación permite a los jueces asumir el papel “pasivo y cognitivo” que les exige el principio de separación de poderes (“un papel que recomienda la máxima restricción de las esferas de discrecionalidad y que en todo caso impide una creación libre del Derecho o el desarrollo autónomo de un Derecho de juristas”). La proporcionalidad europea proporciona “un modelo de objetividad y racionalidad que permite que sea el juez quien pronuncie la última palabra sobre el significado de la Constitución sin comprometer con ello su ideal pasivo y cognoscitivo”⁹⁵.

⁹³ Prieto Sanchís (2003), 121.

⁹⁴ Prieto Sanchís (2008), 339.

⁹⁵ Prieto Sanchís (2011), 241, 242.

Como veremos en el próximo capítulo, el análisis de proporcionalidad del modelo europeo está diseñado con el fin de estructurar un complejo ‘juicio de ponderación’, con el que se trata de establecer una especie de “jerarquía móvil o axiología” entre los múltiples e igualmente válidos derechos y principios constitucionales. Dicho juicio de ponderación trata principalmente de *identificar la optimización racional de los principios en cada caso*, de tal modo que el mayor grado de no satisfacción o de afectación de uno de ellos se compense por la mayor importancia de la satisfacción de otro. En palabras de Prieto Sanchís:

La Constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada; [...] este es el sentido del llamado juicio de ponderación constitucional [...] una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias [...] No se trata de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación desemboca más bien en una jerarquía móvil o axiológica donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede mayor peso o importancia a una de esas razones⁹⁶.

El principio europeo de proporcionalidad es, pues, institucionalmente neutral, en el sentido de que “vale tanto para el legislador como para el juez”. De hecho, los autores del neoconstitucionalismo “coinciden también en reivindicar una nueva ciencia de la legislación capaz de imprimir un mayor grado de racionalidad en la producción normativa, considerando que esa racionalidad de la ley representa la mejor garantía del ideal cognitivo de la jurisdicción”⁹⁷.

Sin embargo, la proporcionalidad europea también es institucionalmente neutral en otro sentido, que aquí me interesa resaltar: supone el ejercicio de una operación que no se corresponde con las características específicas de competencia, capacidad y legitimidad de ninguno de los tres poderes del Estado. Al contrario, parece exigir un punto de vista relativamente independiente de todos ellos, justamente *el punto de vista de un tribunal constitucional*. Como espero demostrar en el siguiente capítulo, la concepción optimizadora de la proporcionalidad guarda una estrecha relación con la existencia de un tribunal relativamente separado de las instituciones políticas y judiciales, capaz de producir un

⁹⁶ Prieto Sanchís (2004), 55-56.

⁹⁷ Prieto Sanchís (2011), 242.

discurso constitucional relativamente autónomo⁹⁸. Esto explicaría por qué el juicio de ponderación es profusamente utilizado por los tribunales constitucionales europeos, mientras que apenas se usa de manera independiente (es decir, no asociado al componente de necesidad o infracción mínima) dentro de la metodología de la proporcionalidad que siguen los jueces del *common law* en el ejercicio de la revisión constitucional de las leyes.

La idea de un discurso constitucional relativamente autónomo carece de sentido en los países del *common law*. Como afirma Ferreres, “el razonamiento jurídico de los tribunales [del *common law*] cuando aplican el Derecho ordinario es distinto del modelo más formalista de los jueces del *civil law*: es más sensible a principios abstractos y a consideraciones de políticas públicas”⁹⁹. Pero, al mismo tiempo, los tribunales del *common law* son ‘sólo’ jueces, por lo que se espera de ellos un control de constitucionalidad muy distinto del que están legitimados a hacer los tribunales constitucionales.

De hecho, en el mundo del *common law* los derechos se configuran como límites o restricciones a las leyes y la acción gubernamental¹⁰⁰. Ahora bien, como hemos visto, esto no impide que los jueces del modelo *commonwealth* utilicen la metodología de la proporcionalidad para juzgar la posible justificación de la limitación de los derechos. Los límites y garantías constitucionales no representan en este modelo el “ámbito de lo indecidible”¹⁰¹; por el contrario, la existencia de la violación de un derecho (cuestión de interpretación constitucional en donde los jueces tienen la última palabra) desencadena un juicio de proporcionalidad en el que el legislador tiene la posibilidad de justificar su infracción. Si dicha limitación proviene de la protección de otro derecho, estaríamos ante un

⁹⁸ Como señala Ferreres, la propia composición de los tribunales constitucionales (que incluye expertos de distinta procedencia profesional, como profesores universitarios, cargos gubernamentales y personas con experiencia política, además de abogados, fiscales y jueces) está pensada para asegurar un discurso relativamente “distinto del razonamiento más ‘legalista’ que cabe esperar de los órganos de la jurisdicción ordinaria (especialmente en los países del *civil law*), y distinto también del discurso puramente político”, Ferreres (2011), 86.

⁹⁹ *Ibid.*, 92.

¹⁰⁰ Rivers (2006), 179.

¹⁰¹ En el constitucionalismo garantista de Ferrajoli, la Constitución establece una rígida jerarquía entre los principios y derechos, de tal modo que las “inmunidades” (el derecho a la integridad física o a no ser torturado) y las “facultades o libertades de hacer” (los derechos civiles y políticos fundamentales) limitan estrictamente los “derechos autonomía”, entre los que el autor incluye tanto el poder de los individuos para gestionar negocios jurídicos como el poder de la mayoría para aprobar leyes. Como consecuencia, su concepción rechaza “la ponderación como método de solución de los problemas interpretativos”¹⁰¹. La única ponderación necesaria sería aquella relativa a las diversas circunstancias en que se dan las violaciones de los principios y derechos constitucionales. Dicho de otro modo, la argumentación jurídica vendría exigida por la necesidad de motivación de las opciones interpretativas al aplicar las normas, pero en ningún caso puede configurarse como una fuente de producción de Derecho vigente. La producción del Derecho constitucional corresponde, para Ferrajoli, únicamente al legislador negativo, el tribunal constitucional, pues es éste el que debe monopolizar la anulación o derogación de las disposiciones legislativas incompatibles con los principios constitucionales, véase Ferrajoli (2012).

genuino conflicto y podríamos hablar de una ponderación en sentido estricto, donde se busca “el punto óptimo de mutua satisfacción”. Por ejemplo, la legislación que discrimina favorablemente a los grupos tradicionalmente oprimidos, lesionando así el principio de igualdad formal. En cambio, si estamos ante la limitación de un derecho fundamental producida por la persecución o fomento de una directriz política o bien público (seguridad nacional, medio ambiente, política de inmigración, etc.), entonces dicha justificación no dependería de la mejor ponderación entre dos principios de igual jerarquía, puesto que la superioridad del derecho obliga a justificar la medida legislativa/ejecutiva como la interferencia mínima o necesaria del derecho en cuestión.

Esta forma de aplicar la proporcionalidad presupone lo que se suele denominar una ‘teoría interna’ de los derechos, según la cual se debe distinguir entre el contenido o significado de los derechos, cuya determinación depende de la interpretación constitucional, y su extensión o realización efectiva¹⁰². De acuerdo con la división de poderes que subyace a esta concepción de la proporcionalidad, la determinación del significado o alcance de los derechos constitucionales corresponde a los tribunales, pero es responsabilidad de los poderes electos establecer las limitaciones legales al ejercicio de los derechos dentro del ámbito predeterminado de su alcance. Son los poderes electos a los que corresponde principalmente interpretar, desarrollar y dar forma a los derechos al perseguir sus propios proyectos legislativos. Para ello, deben ofrecer una justificación adecuada de sus decisiones en la medida en que afectan o interfieren en los derechos, siendo tarea de los jueces analizar en su caso dicha justificación mediante la metodología de la proporcionalidad. La proporcionalidad entendida como juicio de ponderación entre derechos y bienes públicos es responsabilidad última de los poderes electos; la revisión judicial se ciñe a una proporcionalidad ‘restrictiva’, en la que, por regla general, el control del juez no pasa del componente de necesidad o mínimo daño.

C. El nuevo paradigma: un marco constitucional no soberanista

Después de analizar el modelo europeo en contraste con el americano, y de haber discutido las tesis centrales del neoconstitucionalismo, es el momento de intentar describir con mayor detalle el nuevo paradigma constitucional, es decir, el nuevo *ethos* jurídico bajo el cual cabe situar los tres modelos de justicia constitucional objetos de este estudio (el americano, el

¹⁰² Para un análisis de esta distinción, véase Barak (2012), 19-26.

europeo y el *commonwealth*), y al que aquí presenté en la introducción como ‘el paradigma de los derechos humanos’ o, más sencillamente, la cultura de la justificación.

Según Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, cabe describir este cambio de paradigma como “el paso de una cultura de la autoridad a una cultura de la justificación”, un cambio fundamental cuya manifestación más evidente estaría en la espectacular acogida que ha tenido la doctrina de la proporcionalidad entre los tribunales revisores de todo el mundo desde el final de la Segunda Guerra Mundial, hasta convertirse en el “pilar fundamental de la jurisdicción constitucional” de nuestros días¹⁰³. Según estos autores, una cultura de la autoridad sería aquella en que “la legitimidad y legalidad de la acción gubernamental se deriva del hecho de que el actor está autorizado para actuar”¹⁰⁴. En una cultura de la justificación, por el contrario, la cuestión de la autoridad serviría “sólo como un punto de partida para el análisis constitucional”, de modo que la existencia de la autorización para actuar sería “una condición necesaria pero no suficiente para la legitimidad y la legalidad”¹⁰⁵. El nuevo análisis constitucional, representado por el análisis de proporcionalidad, funcionaría esencialmente como una exigencia de justificación: cuando se aplica la proporcionalidad a la justicia constitucional se exige a los gobiernos que respalden sus acciones y decisiones con razones sustantivas.

Según Cohen-Eliya y Porat, la cultura de la justificación se identifica únicamente con el modelo europeo de postguerra, el cual representa, según ellos, la verdadera alternativa a la “cultura de la autoridad” que supone el modelo americano¹⁰⁶. Sin embargo, a mi modo de ver, ésta es una visión demasiado parcial del actual panorama constitucionalista. De hecho, existe una profunda discusión respecto a si el actual modelo americano puede situarse o no dentro del paradigma de los derechos humanos¹⁰⁷. En mi opinión, la cultura de la soberanía (que Cohen-Eliya y Porat llaman de la ‘autoridad’) se corresponde con el tipo de cultura jurídica formalista que, siguiendo a Dyzenhaus, podríamos llamar la “cultura del reflejo”, por cuanto promueve una concepción del Derecho como mera manifestación de la voluntad del legislador¹⁰⁸. Por el contrario, dentro del actual paradigma, todos los modelos de justicia constitucional presuponen y aspiran a desarrollar una cultura de la justificación. Lo que los

¹⁰³ Cohen-Eliya y Porat (2011), 463, 464.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 475.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ El carácter excepcional de los Estados Unidos respecto al paradigma constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial es una tesis defendida por numerosos autores, entre los que cabe citar S. Calabresi (2006); Weinrib (2006) y Schauer (2005). En contra de dicha tesis, cabe citar a Aleinikoff (1987), Beatty (2004) y Gardbaum (2008) y (2010b).

¹⁰⁸ Dyzenhaus (1998), 33.

diferencia es el modo con que cada uno de estos modelos concibe el requerimiento de justificación, no sólo en la mayor o menor *extensión* de dicho requerimiento, sino también en el *enfoque* con que se realiza dicha revisión.

El modelo americano defiende dicha cultura a partir de unos principios morales que protegen la autonomía individual de las posibles interferencias del Estado; se otorga una enorme importancia a los derechos de primera generación o ‘liberales’, mientras se muestra cierta resistencia a reconocer el carácter constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales. Los jueces son en este modelo los encargados de garantizar el cumplimiento de los deberes de restricción del Estado, declarando inconstitucionales y dejando sin aplicar aquellas disposiciones legislativas que invaden los derechos negativos de los individuos. Aun así, la Constitución no se concibe en este modelo como una norma ‘absoluta’. El hecho de que no exista en la Constitución de los Estados Unidos ninguna cláusula de limitación de derechos, no impide que el análisis de proporcionalidad (*balancing*) sea una práctica perfectamente establecida entre los jueces del modelo americano¹⁰⁹. De hecho, según este autor, la posibilidad de limitar los derechos en favor de los objetivos de interés general formaría parte de la concepción misma de los derechos fundamentales en el actual paradigma constitucional, lo cual explicaría que la proporcionalidad sea un rasgo común del análisis de constitucionalidad en todos los modelos de dicho paradigma¹¹⁰.

En el modelo europeo, por su parte, la justificación se realiza a partir de unos principios morales que obligan al Estado a intervenir activamente en la vida socioeconómica del país. La mayor intensidad del requerimiento de justificación en el modelo europeo se

¹⁰⁹ Gardbaum (2007), 808. En Estados Unidos, la metodología de la proporcionalidad (*balancing*) se basa en la categorización de los derechos constitucionales y no incluye la proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Supremo estadounidense divide todos los derechos constitucionales en tres categorías, según los diferentes niveles de escrutinio judicial que corresponde a cada una de ellas. La primera categoría se refiere a aquellos derechos que requieren un ‘escrutinio estricto’ (*strict scrutiny*) e incluye los derechos contenidos en la Primera Enmienda de la Constitución (considerados ‘fundamentales’). Este tipo de revisión se aplica tanto al objetivo que se persigue con la medida impugnada (que debe servir a un ‘interés estatal apremiante’ o una ‘necesidad pública urgente’) como a la propia medida (que deben ser ‘necesaria’, es decir, ‘estrechamente ajustada’ al logro del objetivo en juego, lo cual implica que no haya otro medio que sea menos restrictivo del derecho en cuestión, y que la medida elegida no sea superinclusiva). La segunda categoría incluye derechos como el de igualdad (cuando la limitación se basa en categorías como el género o la edad) o el de expresión en foros públicos y en relaciones comerciales; exige un ‘revisión intermedia’ (*intermediate scrutiny*), lo que implica que la limitación ha de perseguir un objetivo importante y que el medio elegido debe tener una relación sustancial con dicho objetivo. La tercera categoría se aplica al resto de los derechos y exige un escrutinio ‘mínimo’, que se reduce a averiguar si la medida está diseñada para lograr un propósito gubernamental legítimo y tiene una ‘base racional’ (*rational basis*) teniendo en cuenta los posibles resultados y alternativas. Véase Tribe (1998), 769; y Barak (2012), 507-512.

¹¹⁰ En este sentido, Stone Sweet y Mathews afirman que cabe encontrar elementos de proporcionalidad en cada uno de los tres niveles de escrutinio judicial del modelo americano (escrutinio estricto, revisión intermedia y base racional). No obstante, según los autores, las ventajas de sistematicidad y transparencia del análisis de proporcionalidad aconsejan una evolución de la revisión constitucional americana hacia este tipo de análisis, Stone Sweet y Mathews (2011), 864ss.

debe, sin duda, al contenido material reforzado de sus constituciones, las cuales suponen, como vimos, un ‘programa político fundamental’ de transformación social. Pero también responde, en mi opinión, al sistema centralizado de control constitucional que es característico del modelo europeo. La supremacía del tribunal constitucional en la resolución de las cuestiones constitucionales le permite emplear regular y abiertamente el juicio de ponderación, entendido como un juicio de optimización de los intereses en juego, mientras que los jueces del Tribunal Supremo americano tienden a limitar el uso del ‘escrutinio estricto’ (el equivalente a la proporcionalidad en sentido estricto) para un número muy limitado de derechos¹¹¹.

El modelo *commonwealth* comparte el mismo paradigma que el americano y el europeo, pero con un enfoque más democrático. En lugar de defender la justificación como un medio para lograr la realización de una determinada moralidad política, dicho modelo defiende la justificación como una exigencia intrínsecamente valiosa, por cuanto que trae consigo la realización de los valores de reciprocidad, equidad y respeto a las personas. Por este motivo, al igual que el modelo europeo, tiende a extender la revisión de constitucionalidad a todas las decisiones públicas, en la medida en que afecten a algún interés o derecho fundamental, reconociendo únicamente una diferencia de grado o intensidad en el ejercicio de la revisión. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el modelo europeo, la revisión es estrictamente judicial, es decir, debe ceñirse a los límites competenciales y de legitimidad de los tribunales de justicia.

En definitiva, creo que cabe establecer un *continuum* entre los tres principales modelos que configuran el actual paradigma constitucional. En el extremo más riguroso y garantista estaría el modelo europeo, lo cual abonaría la idea de que se trata del modelo más adecuado para contextos de transición democrática, donde el legislativo y los jueces se someten a una autoridad interpretativa independiente que les indica el camino en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. En el centro del *continuum* podríamos situar al modelo americano, donde el tribunal supremo tiene una autoridad interpretativa superior al parlamento en asuntos constitucionales, pero sin dejar de ser un órgano jurisdiccional, es decir, dotado con una capacidad legislativa muy inferior al legislativo democrático. Por último, en el extremo opuesto al europeo estaría el modelo *commonwealth*, donde los tres poderes del Estado tratan de coordinar sus interpretaciones de tal modo que se respeten los papeles, distintos y complementarios, de cada uno de ellos. Este esquema

¹¹¹ *Ibíd.*, 804.

colaborativo va más allá de una rígida separación de poderes en la que el principio de independencia judicial se limita a exigir la no injerencia del poder político en la decisión judicial. El modelo *commonwealth* añade lo que podríamos denominar, con Brian Simpson, la “independencia positiva” de los jueces, es decir, “la idea de que la judicatura, a través de sus decisiones [...] hace su propia contribución en la tarea de gobierno, defendiendo las virtudes asociadas con el ideal del imperio de la Ley”¹¹².

A mi modo de ver, los tres modelos asumen el principal rasgo de una cultura de la justificación: el abandono de la doctrina tradicional sobre las funciones de crear y aplicar/interpretar el Derecho. Como explica Prieto Sanchís, según esta doctrina tradicional “existiría un profundo divorcio entre racionalidad legislativa y racionalidad judicial”¹¹³. Desde esta concepción, el objeto de la controversia política serían los fines u objetivos, “según un esquema teleológico y consecuencialista, de manera que una buena ley es aquella que se propone buenos fines y es capaz de obtenerlos”¹¹⁴. Mientras tanto, la razón judicial respondería “a una racionalidad deductiva o sistemática, en el sentido de que una buena sentencia o, mejor aún, una sentencia correcta es aquella cuya decisión se infiere de las premisas y, en particular, de una premisa normativa”¹¹⁵. Frente a esta concepción, el nuevo paradigma constitucional “estimula un esquema de racionalidad más *compartido*”¹¹⁶. Prieto Sanchís describe en los siguientes términos el cambio de paradigma constitucional:

Aun cuando se mantenga viva la tesis de la discrecionalidad y, con ello, se dé la razón a una idea central del positivismo más maduro, no puede olvidarse que éste descuidó el cada día más extenso capítulo de la argumentación [...] el positivismo consideró que allí donde finalizaba la determinación y aparecían los márgenes de indeterminación sencillamente se alzaban el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos; [...] Pero es esta imagen la que difícilmente puede mantenerse en pie, pues, cualquiera que sea la fórmula técnica que distribuya las competencias entre ambos sujetos, lo que una Constitución de principios y derechos fundamentales no parece tolerar es que cuando aparece la autoridad del legislador calle la razón, ni que cuando finaliza la subsunción se abra paso la pura subjetividad. Si argumentar equivale en último término a justificar, *el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación: ya no es suficiente con apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento —*

¹¹² Simpson (1989), 147.

¹¹³ Prieto Sanchís (2003), 132.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, 133 (énfasis añadido).

que es en esencia lo que hacía el Tribunal Constitucional kelseniano —, sino que es preciso también acudir a los contenidos¹¹⁷.

En este mismo sentido, resulta muy instructiva la distinción que hace Prieto entre los modelos “geográfico” y “argumentativo” de las relaciones entre la Constitución y las leyes¹¹⁸. Mientras en el primero aparece claramente delimitada la frontera entre los derechos fundamentales y la legislación, en el segundo se descarta “la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional”. En el modelo argumentativo “no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado”, por lo que la libertad de configuración del legislador se ve sometida al deber de fundamentar todas las decisiones públicas, en la medida en que supongan una interferencia en los derechos fundamentales.

Este nuevo paradigma exige un enfoque opuesto al ‘conflicto de supremacías’. En lugar de tratar de delinear zonas de competencia exclusiva, o de decidir quién tiene el poder para definir tales límites, dicho enfoque comienza a partir de la premisa de que en las condiciones actuales (en el Estado constitucional contemporáneo) los tribunales y las ramas políticas *comparten* la tarea de realizar ciertos principios y valores básicos. Lo cual supone reconocer que, en una cultura constitucional desarrollada, *la razón jurídica se convierte en el prototipo de la razón pública*, una tesis que en la segunda parte de este trabajo denominé, con Tushnet, la ‘distorsión’ del debate político, y que defendí como una consecuencia legítima dentro del modelo *commonwealth*.

Este fenómeno es el que, desde la experiencia del nuevo modelo europeo, Stone Sweet denomina la “segunda dimensión” del impacto de la jurisprudencia constitucional en la actividad parlamentaria. A diferencia de la autoridad para vetar disposiciones legislativas como inconstitucionales, que supone una dimensión “inmediata, directa y negativa” del efecto del razonamiento judicial sobre el debate político, la autoridad “pedagógica” para fijar la interpretación constitucional supone una dimensión “prospectiva, indirecta y creativa” —que obliga a los ministros y legisladores a diseñar sus leyes tratando de “anticipar la dirección de la futura legislación constitucional”¹¹⁹. Como consecuencia de esta autoridad pedagógica de los jueces constitucionales, se institucionaliza un nuevo tipo de política, donde “los legisladores se implican en deliberaciones estructuradas sobre la

¹¹⁷ *Ibíd.*, 133-134 (énfasis añadido).

¹¹⁸ Prieto Sanchís (2004), 56.

¹¹⁹ Stone Sweet (2000), 73.

constitucionalidad de las propuestas legislativas”¹²⁰. Como resultado, *los legisladores que gobiernan con los jueces constitucionales acaban razonando como ellos*.

No obstante, los modelos europeo y *commonwealth* coinciden en fomentar una concepción más ambiciosa de la cultura de la justificación que la existente en el modelo americano. Esto se debe a que ambos modelos comparten varios rasgos comunes: una concepción amplia de los derechos constitucionales, que incluye tanto derechos negativos como positivos (lo que implica la posibilidad de infracciones por acción y por omisión de los derechos básicos); un enfoque amplio de la interpretación constitucional, que enfatiza los principios y valores con prioridad a los textos normativos; un fácil acceso a la revisión sustantiva; y una forma de revisión judicial en dos etapas (en la que se identifica primero la infracción, para luego exigir su justificación a los poderes públicos responsables), atribuyendo una especial relevancia a la segunda etapa¹²¹.

Sin embargo, la cultura de la justificación tiene características muy diferentes en uno y otro modelo. En el modelo europeo, esta cultura tiende a concretarse en una fuerte intervención de los jueces constitucionales en la competencia legislativa del parlamento y el gobierno. Tal como se desprende del estudio empírico de Stone Sweet, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos produce, a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias, una “codificación de las restricciones constitucionales”¹²². Las decisiones del tribunal constitucional sobre iniciativas legislativas dentro de un sector concreto de la legislación, “conduce a la virtual ‘constitucionalización’ de ese sector”. Algunos ejemplos de este fenómeno son el Código de Procedimiento Penal en Italia, la política privatizadora y nacionalizadora en Francia, la financiación de campañas en Alemania, los derechos lingüísticos en España y, en todos estos países, algunos componentes de los regímenes legales que gobiernan la radiodifusión, el sistema electoral, las relaciones laborales y la fiscalidad. Como consecuencia de este proceso de constitucionalización, “la incertidumbre normativa se reemplaza por la obligación constitucional, y la iniciativa parlamentaria queda predeterminada”¹²³. Además, los recursos de inconstitucionalidad (peticiones de revisión abstracta) son poderosas y efectivas armas de la oposición política para alcanzar sus propios objetivos reguladores. En Francia, Alemania y España, más de la mitad de toda la

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Cohen-Eliya y Porat (2011), 467; los autores señalan estas características como propias del modelo europeo; en mi opinión, según lo que hemos visto en las dos primeras partes de este trabajo, tales características son perfectamente aplicables al modelo *commonwealth*.

¹²² Stone Sweet (2000), 74.

¹²³ Ibid.

legislación revisada a través del recurso de inconstitucionalidad ha sido (al menos parcialmente) anulada¹²⁴.

Por otra parte, no deberíamos perder de vista el hecho de que el tribunal constitucional del modelo europeo no es un órgano jurisdiccional propiamente dicho. A mi modo de ver, este dato es especialmente relevante para entender qué significa la ‘judicialización’ del proceso legislativo. Si entendemos este fenómeno como la expansión de la lógica judicial en el proceso legislativo, entonces se trata de un fenómeno característico del nuevo paradigma constitucional, y el modelo *commonwealth* lo respalda en sus propios términos. En cambio, si la ‘judicialización’ equivale a la supremacía interpretativa de un determinado tribunal especializado en jurisdicción constitucional, entonces estamos ante un fenómeno específico del modelo europeo de revisión. La posición central del tribunal constitucional como autoridad suprema en cuestiones constitucionales, le permite enfocar directamente la cuestión sustancial de la proporcionalidad, dejando en un segundo plano las cuestiones de competencia institucional, capacidad y legitimidad que determinan la actuación de los tribunales de justicia. Este enfoque ‘neutral’, o estrictamente lógico, de la proporcionalidad da como resultado un tipo muy especial de ‘judicialización’, caracterizado por “la producción de una serie relativamente detallada de prescripciones sobre cómo los legisladores y la administración deben comportarse, si desean ejercer su autoridad legalmente en todos los ámbitos importantes de gobierno”¹²⁵.

La ‘judicialización’ que promueve el modelo *commonwealth* se realiza únicamente por tribunales de justicia, dentro de los límites de su función institucional. Esto trae consigo, por un lado, la adopción de una concepción ‘restrictiva’ (o ‘no-optimizadora’) de la proporcionalidad y de los derechos constitucionales, y, por otro, la introducción, dentro del método de la proporcionalidad, de un análisis por el que los jueces evalúan su responsabilidad institucional relativa en las cuestiones constitucionales (el análisis de la ‘deferencia debida’). Bajo estas dos condiciones, que veremos en los próximos dos capítulos, la ‘judicialización’ del proceso legislativo en el modelo *commonwealth* adquiere una forma menos cuestionable desde un punto de vista democrático. Aunque se produce una importante proyección de la jurisprudencia constitucional en el proceso legislativo como consecuencia del importante efecto ‘pedagógico’ de los tribunales supremos, la estructura del modelo promueve la interacción y la interdependencia entre políticos y jueces en la determinación del significado y la extensión de los derechos fundamentales.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

7.

Dos visiones de una cultura de la justificación

Mi propósito en este capítulo es hacer un estudio comparativo de dos concepciones diferentes de la cultura de la justificación: de un lado, la que promueve el modelo europeo de justicia constitucional, y, de otro, la que fomenta el modelo *commonwealth*. Como ya se señaló en la última sección del capítulo anterior, cabría decir que, en términos generales, la diferencia fundamental radica en el modo de concebir el requerimiento de justificación: mientras en el modelo europeo la justificación se concibe como un instrumento para la optimización de los valores constitucionales, en el modelo *commonwealth* se ve como una exigencia de diálogo y deliberación cuya satisfacción es intrínsecamente valiosa, por cuanto que promueve los valores de reciprocidad, equidad y respeto a las personas como agentes morales responsables.

El estudio comparativo se divide en tres secciones: en la primera se analiza la cuestión del poder constituyente, que en el modelo europeo sirve como fundamento último de la supremacía constitucional; en la segunda se distingue entre las concepciones ‘optimizadora’ y ‘restrictiva’ de la proporcionalidad que sustentan, respectivamente, los modelos europeo y *commonwealth* de revisión; por último, en la tercera sección, se discute el papel de los jueces en una sociedad democrática, y se ofrece un argumento en defensa del tipo de revisión constitucional estrictamente judicial que opera en el modelo *commonwealth*.

A. La cuestión del poder constituyente

El nuevo modelo europeo reivindica su singularidad frente al modelo americano al tratar de conjugar las concepciones constitucionales procedentes de las dos revoluciones liberales de la Modernidad: por un lado, la Constitución como límite o garantía, idea originaria de la tradición norteamericana, y por otro, como directiva o programa, concepción procedente de la Revolución Francesa. En este sentido, Zagrebelsky habla de una “ambivalencia” en la

concepción constitucional europea de los derechos, por cuanto que en Europa se mantiene una concepción del Estado como sujeto dotado originariamente de poderes propios que se manifiesta a través de la ley y que tiene un fundamento distinto al de los derechos.

Aunque se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, no llega, sin embargo, a negar a ésta un fundamento autónomo propio, una función ‘política’ propia vinculada a fines independientes de los derechos. Tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional [...] Desde un punto de vista general, esta doble e independiente fundamentación constitucional de los derechos y de la ley supone dotar a la dinámica espontánea de la sociedad de una fuerza reguladora desde arriba, propiamente estatal, que entra en concurrencia con los derechos¹.

Precisamente en aras de la convergencia de esta doble fundamentación, el poder constituyente no se concibe en el modelo europeo de postguerra como “una unidad política capaz de querer, denominada pueblo o nación”, es decir, al modo de los revolucionarios franceses². La presencia de una voluntad popular permanentemente activa, dispuesta a perpetuarse más allá de la Constitución a través de la voluntad general expresada en las leyes, fue la causa de la inestabilidad inherente al nuevo régimen nacido de la Revolución Francesa y la consiguiente reacción posrevolucionaria³. En el nuevo modelo europeo, la presencia del poder constituyente como fundamento último de la experiencia constitucional aparece ligada indisolublemente a la rigidez de la Constitución como “un conjunto inviolable de reglas”⁴, una idea que, como sabemos, procede de la Revolución americana, donde la Constitución se percibió desde el principio “como la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluido el legislador”⁵.

El éxito en la articulación de ambas tradiciones constitucionales (límite y programa, derechos y ley) es un asunto controvertido. Para Dieter Grimm, profesor de Derecho público de la Universidad Humboldt y ex magistrado del Tribunal Constitucional alemán, las actuales constituciones europeas representan la culminación del proyecto que surgió a finales del setecientos en las revoluciones liberales. Sin embargo, según Grimm, dicho proyecto está actualmente en peligro a causa de la desintegración de su objeto característico, a saber, el Estado absolutista que concentraba “en una sola mano todas las prerrogativas

¹ Zagrebelsky (1995) 59.

² Fioravanti (1998), 90

³ Los constituyentes franceses no supieron encontrar “un punto medio satisfactorio entre la necesidad de expresar directamente la voz del poder constituyente, el pueblo o nación –la democracia directa- y la necesidad, igualmente fuerte, de dar estabilidad, continuidad y seguridad a los nuevos poderes constituidos posrevolucionarios –la democracia representativa” *ibíd.*, 65.

⁴ *Ibid.*, 90.

⁵ Prieto Sanchís (2003), 112.

sobre un territorio concreto”⁶. Dicha desintegración es, al mismo tiempo, interna, debido al ejercicio de funciones públicas por parte de cuerpos privados, y externa, por la subordinación de los Estados a cuerpos internacionales y transnacionales. Según el autor, la erosión del monopolio del Estado respecto del poder político sobre su territorio pone en peligro “la capacidad de la Constitución para cumplir su tarea de establecer y regular todo poder público que tenga un impacto sobre el territorio donde la Constitución está en vigor”⁷.

Pero esta forma de concebir el constitucionalismo me parece que ata demasiado fuerte los lazos que unen el destino del proyecto constitucionalista con la suerte de una determinada forma de comprender y desarrollar ese proyecto. Según Grimm, el proyecto constitucionalista tiene por objeto un poder político soberano altamente concentrado (cuya primera expresión fue el Estado absolutista del siglo XVII), y que el logro de dicho proyecto consistió en transformar el Estado absoluto, primero, en un Estado de Derecho, y luego, en un Estado democrático de Derecho. Lo cual excluye del movimiento constitucionalista moderno al sistema británico, es decir, la tradición del *common law*, origen del actual modelo colaborativo. Desde esta tradición, el objeto del constitucionalismo no es el Estado absolutista. La Inglaterra del siglo XVII rechazó el absolutismo continental, y los actuales países de la *Commonwealth* nacieron como regímenes parlamentarios con separación de poderes. Es más, bajo esta lectura, incluso la Revolución americana quedaría en entredicho como un logro al mismo nivel que el constitucionalismo europeo, puesto que, como ya hemos señalado en el capítulo anterior, esta revolución tuvo una fuerte impronta historicista y no pretendió establecer un sistema político nuevo fundamentalmente distinto de aquél contra el que luchaba⁸.

Sin embargo, el hecho de que estos países no encajen en el esquema que plantea Grimm no significa que deban considerarse fuera del proyecto constitucionalista moderno, o que sus posibles contribuciones a dicho proyecto deban interpretarse como el resultado de una influencia externa a su propia tradición jurídica. Al contrario, desde la perspectiva historicista de la tradición del *common law*, la Constitución (o la constitucionalización del ordenamiento jurídico) no es nada fundamentalmente distinto del *rule of law*, es decir, del gobierno de una serie de valores y principios de origen inmemorial, que ocupan una posición central en el sistema jurídico y con los que la legislación positiva debe armonizar para obtener validez jurídica. El objeto de la Constitución no es, desde esta tradición, una

⁶ Grimm (2010), 11.

⁷ Ibid., 4.

⁸ Fioravanti (1998), 78-79.

realidad jurídica ya existente que deba ser domeñada o superada mediante la instauración de un nuevo orden político y jurídico; al contrario, su objeto es un ideal siempre inacabado y por conquistar —esto es, el mantenimiento de un gobierno ‘moderado’ o ‘equilibrado’, cuya base es la colaboración y la interdependencia de los poderes públicos.

A mi juicio, el planteamiento de Grimm exagera la importancia del constitucionalismo europeo continental. Presupone que una Constitución escrita, rígida y protegida por una robusta revisión judicial marca un avance decisivo, diríase incluso definitivo, en el proyecto constitucionalista. Al hablar del “logro del constitucionalismo”, el autor parece referirse a la conquista que ha supuesto en Europa la superación de la cultura estatista de los derechos, donde no existían garantías de que el Estado creador de los derechos pudiera en cualquier momento destruirlos. Pero, por eso mismo, la rigidez constitucional y la supremacía judicial sólo pueden considerarse un paso significativo hacia adelante dentro de ese determinado contexto, lo que no impide que países como Gran Bretaña, Canadá, Nueva Zelanda o Australia, donde nunca ha existido esa cultura estatista, avancen en ese mismo proyecto mediante otros medios.

Además, el planteamiento de Grimm encalla, en mi opinión, en el problema del poder constituyente. Según el autor, las revoluciones liberales fueron capaces de llevar a la práctica las teorías del contrato social —más concretamente, la idea de que la legitimidad del poder político depende del consentimiento de los individuos sujetos a dicho poder. La contribución de las revoluciones fue conseguir que dicho contrato social reposara “no en el poder de la persuasión sino en el poder del compromiso”⁹. Con ello, según Grimm, se consiguió sustituir la voluntad divina, expresada a través del Derecho natural, por la decisión del pueblo soberano, expresada a través de una Constitución positiva, convirtiendo así al pueblo en la auténtica fuente de legitimidad del poder público. Pero esta positivización del Derecho creaba inmediatamente un problema, pues había que explicar “cómo una ley que emanaba del proceso político podía simultáneamente constreñir dicho proceso”. Según Grimm, este problema

se resolvió retomando la vieja idea de una jerarquía de normas (divinas y seculares) y reintroduciéndola dentro del Derecho positivo. Para ello, se dividió el Derecho positivo en dos cuerpos diferentes: uno que emanaba de o se atribuía al pueblo y obligaba al gobierno, y otro que emanaba del gobierno y obligaba al pueblo. El primero regulaba la producción y

⁹ Grimm (2010), 8.

aplicación del segundo. El Derecho se hizo así reflexivo. Lo cual presuponía, sin embargo, que el primero tenía primacía sobre el segundo¹⁰.

De este modo, el pueblo, en el ejercicio de su poder constituyente, hizo posible que la idea filosófica del contrato social se convirtiera en la realidad de un Derecho “reflexivo”, es decir, un Derecho que regula su propia producción. La autoridad de la Constitución como “ley suprema” (*higher law*) reposa, por tanto, según Grimm, en la soberanía del pueblo como poder constituyente¹¹. Ahora bien, si esto es así, parece que estaríamos de nuevo ante la idea de que ‘el pueblo’ tiene autoridad para tomar una decisión diferente en cualquier momento, es decir, que no sólo puede reformar la Constitución, sino que podría sustituirla por otra distinta si así lo deseara. De esta forma, el poder constituyente no desaparecería tras aprobar la Constitución, sino que permanecería “siempre presente y siempre capaz de actuar”¹². Lo cual haría inviable la reflexividad del Derecho, puesto que la producción y aplicación del Derecho positivo ordinario no dependería, en última instancia, de la regulación incluida en el Derecho positivo de la Constitución, sino de una voluntad popular soberana no sujeta a ninguna forma jurídica. A la postre, la posición de Grimm acaba siendo ambivalente respecto al origen de la autoridad del Derecho, pues parece respaldar simultáneamente que el poder constituyente es y no es extra-legal, o que la “ley superior” de la Constitución es y no es parte del Derecho positivo¹³.

Por el contrario, desde la perspectiva del modelo colaborativo y, en general, desde la tradición del *common law*, la idea de un poder constituyente resulta superflua. En efecto, en dicha tradición se considera que la autoridad del Derecho, y de cualquier instrumento jurídico como una Constitución rígida y judicialmente protegida, es una cuestión completamente interna. La positivización de los principios constitucionales no supone ninguna diferencia fundamental respecto al ordenamiento jurídico preexistente. En la tradición del *common law*, el orden jurídico supone una concepción de la autoridad basada

¹⁰ Ibid., 8-9.

¹¹ De ahí que, para Grimm, el constitucionalismo no signifique únicamente la legalización del poder público, sino “una forma especial y particularmente ambiciosa de legalización” que se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) emana de una decisión política en lugar de alguna verdad preestablecida; 2) regula el establecimiento y ejercicio del poder público y no se limita a la mera modificación de un poder público preexistente; 3) supone una regulación comprehensiva del ejercicio de todos los poderes públicos del Estado; 4) encuentra su origen en el pueblo como la única fuente legítima de poder; y 5) supone una ley superior (*higher law*) que tiene primacía sobre todas las leyes y actos jurídicos del Estado, de modo que la incompatibilidad con la Constitución supone la invalidez de la ley o acto jurídico, *ibid.*, 9.

¹² Kriele (1980), 318.

¹³ Esta ambivalencia permite que en el modelo europeo se hable, simultáneamente, de la ‘constitucionalización’ del sistema jurídico y de la ‘relativa autonomía del discurso constitucional’.

en una práctica justificatoria de la acción colectiva¹⁴. Por supuesto, la decisión de promulgar una Constitución escrita tiene un enorme impacto en dicha práctica, pero, como señala Dyzenhaus, “el hecho sigue siendo que lo que fue decidido debe presentarse al sujeto jurídico como una justificación aceptable para alguien que merece legítimamente que se le trate con igual respeto y que es capaz de hacer ese juicio por sí mismo”¹⁵. La supremacía de la Constitución (escrita o no) reposa, bajo esta concepción, en las normas del Derecho común que, desde su centralidad, sirven de referencia constante para la identificación y aplicación del Derecho de una comunidad política¹⁶.

En la tradición del *common law*, la autoridad del poder constituyente se fundamenta y legitima en los principios inherentes al orden jurídico *per se*. En esta tradición, la voluntad del pueblo sólo puede legitimar la Constitución positiva si actúa de acuerdo con la Constitución no escrita (el Derecho común). Lo cual implica que el pueblo no está legitimado para decidir lo que le plazca; sus competencias y su ámbito de decisión están constreñidas por el Derecho común. Más concretamente, el pueblo puede enmendar la Constitución, pero no puede violarla ni sustituirla por otra que no responda a la moralidad constitucional implícita en todo orden jurídico. Por decirlo de forma más expresiva, la Constitución positiva no tiene autoridad a partir del *fiat* del pueblo soberano; al contrario, éste ha ‘decidido’ comprometerse y aprobar una Constitución positiva porque reconoce la autoridad inherente al Derecho y decide someterse a ella.

En este sentido, la tradición del *common law* supone “una concepción no absolutista de la ley”¹⁷. El *rule of law* inglés equivale a lo que en la Europa continental se denomina el Estado constitucional de Derecho, por cuanto que en ambos sistemas “no hay soberano”¹⁸. Si suponemos que es la decisión del poder constituyente del pueblo la que crea el dominio del Derecho (supuesto innecesario, como decimos, en la tradición *common law*), lo cierto es que dicho poder se agota en el mismo momento de la promulgación del texto constitucional,

¹⁴ Postema (2010a), 275ss.

¹⁵ Dyzenhaus (2012), 259.

¹⁶ En el terreno de la teoría jurídica, esta idea es la misma que desarrollan Fuller y Dworkin en claro contraste con el positivismo jurídico de Kelsen y Hart, en donde la *higher law* se convierte en la norma que rige la validez meramente formal del Derecho positivo. La norma fundamental de Kelsen, o la regla de reconocimiento de Hart (igual que los principios de la legalidad que reconocen y describen Waldron y Postema) no sostienen por sí mismas la autoridad del Derecho, dado que estos autores desean mantener separados el Derecho y la moral como dos sistemas normativos distintos. Por el contrario, la moralidad interna de la legalidad de Fuller, o la moralidad política implícita en el Derecho positivo de Dworkin, equivalen a “una moralidad constitucional que subyace a todos los sistemas jurídicos como fundamento de su autoridad, y que no es equivalente o reducible a la Constitución escrita, en caso de que la hubiera”, *ibíd.*, 244.

¹⁷ Zagrebelsky (1995), 27.

¹⁸ Kriele (1980), 149ss.

y no vuelve a aparecer hasta el momento en que el Estado constitucional se derrumba. Como ha escrito Martin Kriele:

En el Estado constitucional hay, ciertamente, ‘soberanía jurídica’, esto es, el Estado como la totalidad de los órganos y del derecho es soberano frente a la sociedad. Pero no hay dentro del Estado constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última ratio en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho¹⁹.

Según Zagrebelsky, el poder constituyente es el “momento de la cooperación general”, un momento con unas “características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo” —lo que explicaría que “no se puede crear y recrear a placer, como pretenden hacer tantos aspirantes a renovadores de la Constitución”²⁰. Sin embargo, esta narración sobre la vida de un pueblo, a la que se suele recurrir frecuentemente en los países en procesos de transición democrática, puede ser objeto del mismo tipo de críticas que hizo Dworkin a la idea de un contrato social hipotético. Como ha puesto de relieve Dyzenhaus, la idea de un poder constituyente como “momento excepcional” de la vida política de un país se ve desacreditada “cuando la inspección histórica nos muestra que quien decidió fue o un poder extranjero (como fueron los casos de Alemania y Japón en la postguerra), o una negociación a puerta cerrada (como en Sudáfrica), o una élite de políticos en una convención constitucional”²¹ (como ocurrió en la transición democrática española). En este sentido, la idea de un poder constituyente no sólo es superflua para la teoría jurídica, sino que también puede servir a los enemigos del constitucionalismo (entendido en sentido estricto, es decir, como gobierno limitado) para subvertir los ideales sobre los que se sustenta²².

B. Proporcionalidad y derechos constitucionales

Dentro del paradigma constitucional de los derechos humanos, los modelos europeo y *commonwealth* promueven un tipo de cultura constitucional en la que la revisión judicial de

¹⁹ Ibid., 150.

²⁰ Zagrebelsky (1995), 115

²¹ Dyzenhaus (2012), 259.

²² Es el caso, por ejemplo, de Carl Schmitt, para quien la autoridad última del Derecho positivo residía en la decisión del poder constituyente, legalmente irrestricta o puramente política. Según Schmitt, la reflexividad del Derecho en las democracias liberales se logra a costa de identificar el poder constituyente con el mecanismo de producción de validez jurídica (como la *Grundnorm* de Kelsen), lo cual conduce, según el autor, a equiparar la autoridad con la validez técnica, vaciando así de todo contenido normativo el ideal constitucionalista, véase Dyzenhaus (1997b), 58-70.

constitucionalidad se concibe como parte de una exigencia general de justificación. Con objeto de garantizar tal exigencia, ambos modelos asumen el uso del análisis de proporcionalidad como la “piedra angular de la adjudicación constitucional”²³. No obstante, caben destacar importantes diferencias en la forma de concebir y aplicar la proporcionalidad. Mi propósito en esta sección es identificar tales diferencias, tanto en términos generales como en cada uno de los componentes estructurales del análisis, para lo cual comenzaré señalando las raíces alemanas de la doctrina de la proporcionalidad y su recepción en los países de la *Commonwealth*.

a) Genealogía alemana y recepción en la *Commonwealth*

Una versión incipiente de la proporcionalidad apareció en la doctrina alemana del Derecho público de finales del siglo XVIII, en los albores del Estado regulador, como respuesta al creciente número de conflictos entre intereses públicos y libertades individuales. El área doctrinal donde este tipo de conflictos se teorizó por primera vez fue en el campo del *Polizeirecht*, el cual regulaba no sólo la actuación de la policía, sino también las intervenciones del Estado en la promoción del bienestar, la moralidad y la salud públicas²⁴. Sobre el fondo de las teorías contractualistas de la época, dicha doctrina trataba de basar sobre principios estables la legalidad de las medidas estatales orientadas hacia el bien común, de manera que se garantizaran hasta donde fuera posible los ‘derechos naturales’ de los individuos²⁵.

Estas ideas se desarrollaron como una metodología específicamente judicial durante la segunda mitad del siglo XIX, con el establecimiento de una jurisdicción administrativa. Los tribunales administrativos, y en especial el Tribunal Superior Administrativo de Prusia, elaboraron una serie de principios con el fin de asegurar que los ejercicios del poder gubernamental eran respetuosos con los derechos de los individuos afectados. En un contexto en el que las actividades del Estado regulador aumentaban continuamente (con el consiguiente incremento de litigios por actos administrativos), y a falta de una declaración de derechos con rango de norma jurídica suprema (es decir, con constituciones meramente programáticas), la revisión administrativa vino a servir de “sustituto funcional” de la

²³ Cohen-Eliya y Porat (2011), 464. Entre la amplia bibliografía sobre el análisis de proporcionalidad en la cultura constitucional contemporánea, cabe mencionar Stone Sweet y Mathews (2008); Beatty (2004); Jacobs (1999); Gardbaum (2007); Barak (2012).

²⁴ Stone Sweet y Mathews (2008), 98.

²⁵ Dentro de dicha doctrina, destaca la obra de los juristas Carl Gottlieb Svarez y Günter Heinrich von Berg.

revisión constitucional²⁶. La aplicación del análisis, sin embargo, no fue uniforme. Aunque inicialmente los jueces aplicaron el principio de proporcionalidad bajo el concepto de ‘prohibición de exceso’, es decir, en términos de ‘necesidad’ o ‘medida menos restrictiva’²⁷, con el tiempo también emplearon la ‘proporcionalidad en sentido estricto’, si bien no siempre distinguieron entre las distintas formas en que las medidas administrativas podían ser desproporcionadas²⁸.

Sin embargo, a pesar de tener sus raíces en el Derecho administrativo, lo que hoy se conoce como proporcionalidad es una metodología elaborada durante la segunda mitad del siglo XX, principalmente en el contexto de la protección judicial de los derechos fundamentales legalmente protegidos. El diseño de esta metodología tuvo su origen en Alemania tras la promulgación de la Ley Fundamental de 1949, primero a través de una corriente doctrinal muy influyente²⁹, y poco después, de manera más fundamental, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A finales de los años 50, el Tribunal Constitucional alemán ya operaba con el conocido análisis de cuatro etapas. En su famosa sentencia sobre admisión limitada de farmacias, conocida como *Apothekenurteil* (1958), el Tribunal distinguió por primera vez la ‘proporcionalidad en sentido estricto’ como una etapa independiente del test de ‘la medida menos restrictiva’ (necesidad)³⁰. Dicha etapa surgía, según el Tribunal, como el mejor modo de solucionar la tensión entre los derechos individuales (en este caso, la libertad de profesión del artículo 12 de la Ley Fundamental) y los fines públicos (la regulación legal de las farmacias), de modo que se lograra la optimización de ambas exigencias normativas. “Cuando se trata de maximizar ambas demandas [...] del modo más efectivo, la solución sólo puede estar en una cuidadosa ponderación [*Abwägung*] de la importancia de los dos intereses opuestos en juego y probablemente en conflicto”³¹.

Además, la proporcionalidad fue también crucial para la ‘constitucionalización’ del Derecho privado, que comenzó con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal en *Lüth*. Según el Tribunal, el “sistema de valores” de la Ley Fundamental y, en especial, su sistema de derechos, “influye en todas las esferas del Derecho”. Como consecuencia, “toda

²⁶ *Ibid.*, 102.

²⁷ Arnold et al. (2012), 67.

²⁸ Sweet y Mathews (2008), 101.

²⁹ En los años 50, Rupperecht Krauss, Herbert Krüger, Gerhard Leibholz y Peter Lerche fueron los principales representantes de un poderoso movimiento doctrinal a favor de la constitucionalización de la proporcionalidad. Krauss acuñó el nombre de “proporcionalidad en sentido estricto” para referirse al juicio de ponderación que, según él, constituía el núcleo central del principio de proporcionalidad. *Ibid.*, 104-105.

³⁰ *Ibid.*, 107.

³¹ BVerfG Junio 11, 1958, 7 BVerfGE 377 (404-405), citado en Stone Sweet y Mathews (2008), 108.

disposición del Derecho privado (es decir, los distintos códigos, especialmente el Código Civil) deben ser compatibles con este sistema [...] y cada una de dichas disposiciones debe interpretarse con ese espíritu”³². Para cumplir con este mandato constitucional, los jueces de la jurisdicción civil deben emplear el juicio de ponderación.

Como han puesto de relieve numerosos autores, el empleo de la proporcionalidad por parte de los tribunales constitucionales europeos ha producido lo que se conoce como la ‘judicialización’ del proceso legislativo, especialmente por efecto de la ‘autoridad pedagógica’ de la jurisprudencia de dichos tribunales³³. La proporcionalidad, tal como lo explican Stone Sweet y Mathews, “afianza la judicialización, puesto que lleva al tribunal a ponerse en los zapatos de los legisladores, y de este modo volver a realizar todo su proceso de toma de decisiones, paso a paso, evaluando por el camino la legalidad constitucional de las decisiones”³⁴. Cuando se trata de revisar actos ejecutivos o administrativos discrecionales, este proceso de revisión sustantiva puede ser doble: primero sobre la ley autorizante, y segundo sobre la acción discrecional, para ver si alguno de los dos ha infringido un derecho.

Ahora bien, como ya señalé en el capítulo anterior, el fenómeno de la ‘judicialización’ tiene un alcance muy distinto cuando el análisis de proporcionalidad es aplicado por tribunales de justicia, como ocurre en el modelo colaborativo. Esta crucial diferencia puede comprobarse en la forma en que se recibió la proporcionalidad en aquellos países de la *Commonwealth* donde opera dicho modelo, en especial Canadá y el Reino Unido. El Tribunal Supremo canadiense adoptó el análisis en cuatro etapas de la proporcionalidad en *Oakes*, bajo la presidencia del juez Dickson. Sin embargo, como vimos en la primera parte de este trabajo, la aplicación posterior de este principio derivó en un estándar de ‘razonabilidad’ por el que el Tribunal se hizo más ‘deferente’ a los legislativos en la revisión de la legislación. Esta interpretación de la proporcionalidad, sin embargo, no implica la rendición o sumisión judicial. Al contrario, la deferencia de los tribunales puede concebirse como el más genuino triunfo de una cultura de la justificación. En palabras de Sweet Stone y Mathews:

La acusación [de ser más sumiso] trae consigo intensas cuestiones metodológicas, pero, de hecho, se puede concluir exactamente lo contrario. Puesto que las otras ramas han asumido como parte de su responsabilidad la consideración de la proporcionalidad, y puesto que se

³² BVerfG Jan. 15, 1958, 7 BVerfGE 198 (205), citado en Stone Sweet y Mathews (2008), 111.

³³ Stone Sweet (2000); Kommers (1994); Landfried (1984) y (1992).

³⁴ Stone Sweet y Mathews (2008), 110.

han socializado en lo que es un nuevo sistema de elaboración legislativa, el Tribunal tiene menos necesidad de llevar a cabo un análisis constitucional *ex novo*. Más aún, el Tribunal ha dejado claro que raramente hay una única respuesta correcta a las cuestiones bajo la sección 1: lo crucial [...] es que el agente decisor relevante deje claro cómo ha deliberado la proporcionalidad³⁵.

Paralelamente, desde la sentencia del caso *Baker*, la proporcionalidad en el Derecho administrativo canadiense implica un estándar de razonabilidad. Según la juez L'Heureux-Dubé, que redactó la opinión de la mayoría, aplicar la metodología de la proporcionalidad a los ejercicios de discrecionalidad administrativa significa revisar las razones que alega el agente decisor principal aplicando el estándar de *razonabilidad*, es decir, las razones de la autoridad pública deben ofrecer una justificación razonable de su decisión³⁶. La revisión judicial debe centrarse, por tanto, en la relación de las razones del funcionario y su decisión, y no en el contenido mismo de la decisión. En esto consiste esencialmente el enfoque procesal de la revisión judicial, el cual trae consigo una doctrina de la deferencia debida de los tribunales hacia los poderes electos. La deferencia judicial no es sino la consecuencia de que la razón jurídica se haya convertido en el arquetipo o punto de referencia de la razón pública en el proceso de creación y aplicación del Derecho.

En el Reino Unido, los tribunales aplican la metodología de la proporcionalidad en el ámbito del Derecho administrativo, especialmente desde la promulgación de la Ley de Derechos Humanos de 1982 (es decir, desde el año 2000). No obstante, dicha aplicación no responde a una sistematización previa por parte del Tribunal Supremo, lo cual ha dado lugar a una intensa discusión doctrinal en la que cabe distinguir dos posiciones enfrentadas. Para una corriente importante de autores, el control judicial de constitucionalidad exige sustituir el estándar tradicional de la *judicial review*, conocido como 'irrazonabilidad' o *Wednesbury test*, por el nuevo principio mucho más exigente de la proporcionalidad³⁷. Para otros, en cambio, desde una posición que desea favorecer la colaboración institucional y el intercambio deliberativo, no se trata de dos opciones opuestas, sino de dos formas de averiguar lo mismo: si es justificable o no una determinada infracción de los derechos protegidos en el contexto de un caso concreto³⁸. Para esta segunda posición, la proporcionalidad no debe entenderse como un criterio de corrección, sino como una forma

³⁵ *Ibíd.*, 121.

³⁶ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [62].

³⁷ Esta opinión es defendida, entre otros, por Craig (1999); Feldman (2000); Hickman (2010), cap. 6 y Elliott (2001b).

³⁸ Respaldan esta opinión, entre otros autores, Kavanagh (2009), cap. 9; Young (2014) y Hunt (1997).

de determinar si una decisión pública es razonable. A mi juicio, ésta es la posición más coherente con el constitucionalismo británico, por lo que me serviré de ella para elaborar, en el capítulo siguiente, la doctrina de la proporcionalidad más acorde con el modelo colaborativo de constitucionalismo.

En el capítulo siguiente argumentaré por qué creo que la revisión procesal y la doctrina de la deferencia debida configuran la concepción más adecuada de la proporcionalidad en el modelo colaborativo, así como qué relación cabe establecer entre la proporcionalidad y la razonabilidad. De momento, nos interesa contrastar las concepciones de la proporcionalidad que operan en los dos modelos constitucionales de nuestro estudio: de una parte, la concepción del modelo europeo y, de otra, la concepción que es propia del constitucionalismo *commonwealth*.

b) Dos concepciones de la proporcionalidad

En su artículo “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, Julian Rivers distingue y defiende la concepción “optimizadora” de la proporcionalidad, típica del modelo europeo, frente a la concepción “restrictiva” que está a la base de “las concepciones *common law* de la proporcionalidad”³⁹. Según Rivers, la concepción restrictiva es “inadecuada” para los tribunales británicos bajo la Ley de Derechos Humanos 1998. El objetivo de este apartado es discutir esta postura, afirmando que la concepción restrictiva de la proporcionalidad es la que mejor se ajusta a un constitucionalismo que fomenta la colaboración y el intercambio deliberativo entre las instituciones del Estado. Por este motivo, esta concepción podría también denominarse ‘colaborativa’ o ‘deliberativa’, aunque, en aras de la claridad, seguiré aquí la terminología de Rivers.

Según Rivers, la concepción ‘restrictiva’ considera la proporcionalidad como “un conjunto de análisis destinado a garantizar la intervención judicial en la protección de los derechos”⁴⁰. Esta concepción *common law* se caracteriza por tomar como punto de partida una cierta división de poderes en la que los tribunales existen para proteger a los individuos y grupos de los otros poderes del Estado. Los tribunales mantienen “un marco de derechos legales que establece los límites a la libertad de acción de los cuerpos legislativo y ejecutivo”⁴¹. Esta división de poderes presupone, a su vez, según Rivers, “que los derechos y

³⁹ Rivers (2006), 176, 179.

⁴⁰ *Ibid.*, 176.

⁴¹ *Ibid.*, 179.

el interés público pueden ser claramente distinguidos, quizá conforme a la distinción de Ronald Dworkin, entre principios anti-utilitarios y la política utilitarista”⁴². Los tribunales están en un lado de la división constitucional, encargados de representar los intereses individuales de los portadores de derechos, mientras los parlamentos y los ejecutivos representan el interés colectivo.

En esta primera aproximación, parece necesario añadir algunos comentarios que nos permitan tener una visión más completa de la concepción de la proporcionalidad que se emplea en el modelo *commonwealth*. En mi opinión, es cierto que, bajo este modelo de revisión, la doctrina de la proporcionalidad se ciñe a una serie de test que permiten a los jueces realizar la supervisión de la legalidad constitucional de las leyes y decisiones públicas. Los componentes de esta metodología fueron objeto de estudio en la primera parte de este trabajo, y volverán a ser el centro de nuestro análisis en el próximo apartado.

Por otra parte, es cierto que un constitucionalismo colaborativo debe distinguir de algún modo entre los derechos protegidos y las políticas públicas, puesto que de dicha distinción depende la división de tareas entre los órganos públicos representativos (parlamento y gobierno) y los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, es necesario añadir que esta división no puede describirse como una simple y clara separación entre cuestiones de principio y cuestiones de bien común. En la gran mayoría de los casos constitucionales difíciles, donde existe un desacuerdo razonable sobre el contenido del Derecho, ambos tipos de cuestiones aparecen entrelazadas. No existe un método que permita definir los límites entre un ámbito y otro de manera automática o no controvertida. Es precisamente la complejidad de esta división lo que exige *una doctrina de la deferencia debida* que sirva de base para poder distinguir entre las cuestiones de bien público que son judicialmente resolubles y aquellas otras en donde la mejor respuesta del tribunal es la autorestricción.

Siguiendo con la descripción de Rivers, la proporcionalidad europea puede definirse como “un enfoque estructurado para ponderar del mejor modo posible los derechos fundamentales con otros derechos e intereses”⁴³. Es decir, se trata de una concepción que no depende de ninguna división específica de poderes, sino al contrario, presupone una clara distinción entre, por una parte, la cuestión sustantiva acerca de cuándo una limitación de los derechos está justificada y, por otra, la cuestión formal sobre la responsabilidad de los tribunales en garantizar que dicha justificación se produce. Esta independencia de la cuestión sustantiva, afirma Rivers, permite a la concepción optimizadora pensar en los

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*, 176.

derechos como “formalmente indistinguibles” de otros intereses, incluidos los bienes de interés general; ambos pueden ser objeto de requerimientos de optimización⁴⁴.

El desarrollo más conocido de la concepción de los derechos constitucionales como “requerimientos de optimización” es, probablemente, el de Robert Alexy. Según Alexy, los derechos constitucionales son ‘principios’, es decir, normas que requieren la mayor realización de algo dentro de lo fáctica y legalmente posible. Suponen requisitos de optimización abiertos a la ponderación y al análisis de proporcionalidad. Los principios son lo contrario a las reglas, en tanto que éstas sólo pueden estar o plenamente satisfechas o del todo insatisfechas (ocupan puntos fijos en el ámbito de lo fáctica y legalmente posible)⁴⁵.

Según Alexy, “el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él”⁴⁶. Por tanto, el uso de la ponderación ante la colisión de principios es un rasgo necesariamente conectado con la naturaleza de los principios como requerimientos de optimización. Los sub-principios de adecuación y necesidad se remiten a lo fácticamente posible, mientras que el sub-principio de proporcionalidad ‘en sentido estricto’ se refiere a lo legalmente posible. Mientras los dos primeros tienen que ver con cuestiones empíricas (es decir, si la interferencia en un principio contribuye efectivamente a la realización del otro, y si no existe otro medio menos restrictivo para alcanzar el mismo resultado), la proporcionalidad en sentido estricto exige un juicio moral, puesto que requiere comparar los pesos de los principios en competencia en cada caso concreto. Dicho juicio debe responder a lo que Alexy denomina la primera ley de la ponderación: “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁷.

⁴⁴ Ibid., 180.

⁴⁵ Alexy (2007), 67-68.

⁴⁶ Ibid., 91-92.

⁴⁷ Ibid., 138. Sin embargo, para Alexy no es posible aplicar la proporcionalidad directamente a los derechos constitucionales porque esto supondría no tomarse en serio la Constitución escrita (ibid., 80-86). En el texto constitucional se establece “un enfoque diferenciado” para la limitación de los derechos constitucionales, estableciendo un sistema de limitaciones adaptado a la naturaleza de cada uno de ellos. La interpretación debe partir del texto escrito y sólo distanciarse de él cuando existen especiales razones para ello. Por eso, afirma Alexy, debemos considerar los derechos constitucionales como una combinación de principios y reglas. Se requiere algo más que una mera ponderación de intereses para justificar su limitación; el respeto a la Constitución como ley suprema impone que sólo se puedan superar por un reducido grupo de derechos e intereses. La norma constitucional, al fijar un determinado sistema de limitaciones, incorpora el proceso de ponderación que se requiere para identificar el contenido de los derechos en las circunstancias concretas de cada caso.

Como puede verse, la teoría de Alexy se mueve en un nivel muy alto de abstracción, puesto que concibe la doctrina de la proporcionalidad como el conjunto de principios que definen los “restricciones inmanentes” de los derechos, según lo fáctica y legalmente posible en las circunstancias de cada caso⁴⁸. Los derechos no tienen límites con anterioridad, o independientemente de la aplicación de los principios de proporcionalidad; dichos límites sólo pueden fijarse realizando un juicio de ponderación entre los derechos y los demás intereses y valores que entran en conflicto con ellos en cada caso. En este sentido, la proporcionalidad del modelo europeo está diseñada para resolver del mejor modo posible la cuestión sustantiva de cuándo una limitación de un derecho está justificada, es decir, para identificar “la optimización racional del bien común”⁴⁹.

Según esta concepción, la proporcionalidad ‘en sentido estricto’ o juicio de ponderación constituye el núcleo esencial del control de constitucionalidad. No es sólo un paso ulterior que, en algunas ocasiones, puede servir para identificar la incompatibilidad de las decisiones públicas, sino el principio fundamental que ha de guiar el análisis en todas las etapas de la revisión. De este modo, las cuatro etapas del análisis de proporcionalidad se conciben como los distintos aspectos en que se estructura la “compleja cuestión” de la ponderación justa (*fair balance*). En términos de Rivers, esta “compleja cuestión” tendría la forma siguiente:

dada la importancia de este derecho y que su disfrute se limitará a causa del acto en cuestión, y dada la importancia del interés público que se persigue, y el grado en que éste va a llegar a realizarse, ¿logrará el acto realizar el interés público hasta el punto de que, teniendo todo en cuenta, el beneficio en términos de interés público compense al menos el coste en cuanto al derecho?⁵⁰

En el modelo europeo, la doctrina de la proporcionalidad está diseñada como “un análisis racional general para la limitación de derechos”⁵¹, un método válido para todo agente racional que toma decisiones. Como señala Rivers, la concepción optimizadora de la proporcionalidad es “institucionalmente neutral”, es decir, no está pensada para ayudar a los tribunales a determinar cuál es su responsabilidad en relación con los demás poderes del Estado en la salvaguardia de la proporcionalidad⁵². Por este motivo, se trata de una concepción perfectamente aplicable por el parlamento o al gobierno en su búsqueda del

⁴⁸ Ibid., 241.

⁴⁹ Rivers (2006), 181.

⁵⁰ Ibid., 180-181.

⁵¹ Ibid., 182.

⁵² Ibid., 181.

interés general: “La *volonté générale* tiene en cuenta los derechos, pero pone en relación los derechos con el interés público en el proceso de determinación del mejor curso de acción”. Es más, Rivers reconoce que cuando la proporcionalidad se convierte en un test legal, “la concepción optimizadora corre el riesgo de tratar a los tribunales como los garantes constitucionales de la racionalidad del proceso estatal completo”⁵³.

Por el contrario, en la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad *no puede desligarse la cuestión sustantiva de la cuestión formal o institucional*. Dado que esta concepción presupone una división de poderes, y que concibe los derechos como límites en la persecución del bien común, la limitación de los derechos aparece como algo problemático que exige reconstruir la proporcionalidad de modo que se preserven los papeles propios de cada poder del Estado. En efecto, la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad está pensada para un órgano supervisor que debe analizar decisiones cuya responsabilidad última corresponde a otros órganos. Por tanto, no puede ser un análisis al margen de las razones expuestas por el principal órgano decisor. El razonamiento del juez debe tomar como base de su análisis el razonamiento del legislador o del funcionario público que tomó la decisión impugnada. Y, como primer paso en dicha supervisión, el tribunal debe comprobar si el parlamento, el gobierno o la autoridad pública han mostrado que el objetivo que perseguían con su decisión o acto era lo suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho protegido. Esto se debe, como señala Rivers, a que la concepción restrictiva de la proporcionalidad es un análisis basado explícitamente en derechos entendidos como límites de la acción gubernamental. Si se demuestra que ha habido una infracción por parte del Estado de un derecho protegido (demostración que corresponde a quienes impugnan la disposición legislativa o el acto administrativo), entonces el Estado debe mostrar que existe una buena razón para ello. Según esta concepción, la proporcionalidad “ofrece una forma de evaluar o juzgar medidas legislativas (así como la justificación de tales medidas) a la luz de la importancia de los derechos” protegidos⁵⁴.

Por otra parte, la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad supone la distinción de dos tipos de límites: los límites ‘internos’, que conforman el ‘alcance’ de los derechos constitucionales, y los límites ‘externos’, que determinan la ‘extensión’ de su protección o realización efectiva⁵⁵. Los primeros definen el contenido o significado de los derechos, y su elaboración se realiza mediante la interpretación constitucional. Los segundos establecen las

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Kavanagh (2009), 237.

⁵⁵ Para un análisis de esta distinción, véase Barak (2012), 19-26.

limitaciones legales al ejercicio de los derechos dentro del ámbito predeterminado de su alcance. De acuerdo con la división de poderes que subyace a esta concepción de la proporcionalidad, la determinación del significado o alcance de los derechos constitucionales corresponde a los tribunales, pero es responsabilidad de los poderes electos interpretar, desarrollar y dar forma a tales derechos al perseguir sus propios proyectos legislativos. Para ello, deben ofrecer una justificación adecuada de sus decisiones en la medida en que afectan o interfieren en los derechos, siendo tarea de los jueces analizar en su caso dicha justificación mediante la metodología de la proporcionalidad⁵⁶.

Por tanto, para la proporcionalidad ‘restrictiva’, los derechos constitucionales son derechos definidos que establecen restricciones efectivas a la toma de decisiones de legisladores y jueces. Las limitaciones de los derechos constitucionales no reducen su alcance; al contrario, cualquier límite a la realización de los derechos dentro de su alcance predeterminado supone una infracción que debe justificarse adecuadamente. La proporcionalidad ‘optimizadora’, por el contrario, no distingue entre límites internos y externos. En la terminología de Alexy, los derechos constitucionales representan únicamente derechos *prima facie*, es decir, razones para la acción que pueden ser superadas por razones opuestas⁵⁷. Las relaciones entre estas razones se determinan por las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, por la proporcionalidad de su realización en el contexto de cada caso concreto. Por tanto, es la proporcionalidad la que define en cada caso el alcance o contenido de los derechos.

El modelo europeo no desconoce, por supuesto, las consideraciones institucionales, y los autores que defienden la concepción optimizadora de la proporcionalidad reconocen la necesidad de añadir una doctrina de la deferencia y la restricción judicial. Como afirma Rivers, “los tribunales constitucionales no están encargados simplemente de asegurar la racionalidad de toda la acción del Estado; su responsabilidad jurídica se estructura también por medio de principios formales”⁵⁸. Alexy introduce este tipo de consideraciones en el *Epílogo* de su *Teoría de los derechos fundamentales* (añadido especialmente para la

⁵⁶ Como señala Barak (2012), 23 “la extensión en la realización o protección de los derechos cambia con el tiempo y según la cuestión de que se trate, reflejando las necesidades del momento y el lugar. En realidad, la extensión de la protección del derecho sólo refleja las opiniones de una comunidad jurídica dada en un determinado momento. El alcance del derecho mismo, sin embargo, refleja los principios fundamentales sobre los que está construida la comunidad”. No obstante, Barak defiende un modelo de justicia constitucional en el que los tribunales tienen la supremacía de la interpretación de los derechos, de tal modo que las instituciones políticas sólo podrían apartarse de la interpretación judicial mediante una enmienda constitucional. El modelo colaborativo, por el contrario, permite que el legislativo defienda su propia interpretación frente a los jueces mediante legislación ordinaria.

⁵⁷ Alexy (2007), 80.

⁵⁸ Rivers (2007), 169.

traducción inglesa realizada por Rivers). Allí el autor desarrolla las dos principales dimensiones en las que la proporcionalidad ‘optimizadora’ deja un margen de discrecionalidad a las instituciones políticas⁵⁹. En primer lugar, muchas cuestiones relacionadas con derechos constitucionales son controvertidas, en el sentido de que no existe una única respuesta legalmente correcta para ellas. En estos casos, la aplicación del análisis sustantivo de la proporcionalidad da como resultado dos o más decisiones proporcionadas, y el agente decisor principal tiene más legitimidad constitucional que el tribunal revisor para elegir entre ellas. Alexy denomina a esta dimensión de la proporcionalidad como “el margen de acción estructural del legislador”⁶⁰.

En segundo lugar, los tribunales muchas veces tienen que evaluar la proporcionalidad de una decisión pública sobre un fondo de incertidumbre respecto a los beneficios que reportará la medida elegida, o respecto a la importancia de la infracción producida en los derechos. Este fondo de incertidumbre obliga a los tribunales revisores a respetar el “margen de acción epistémico o cognitivo” del legislador en relación a las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción. Con la intención de ayudar a establecer quién debe decidir sobre tales premisas en condiciones de falta de certeza, Alexy introduce su “segunda ley de la ponderación”, según la cual, cuanto más intensa sea la infracción de un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes⁶¹. Dicha ley se basa en un principio procedimental que regula quién ha de tomar la decisión sobre cuestiones factuales o normativas controvertidas. De este modo, según la concepción europea, la intensidad de la revisión debe establecerse a partir de la seriedad de la infracción de derechos en el caso concreto. En definitiva, según esta concepción, debemos hablar de dos principios operando en paralelo: un principio sustantivo de proporcionalidad, por el cual cuanto más grave sea la infracción del derecho más importante ha de ser el derecho o interés público en competencia; y un principio formal de intensidad de la revisión, por el cual cuanto mayor sea la gravedad de la infracción de derechos menor ha de ser la deferencia y la restricción judiciales. Del mismo modo que mayores infracciones de derechos requieren mayores realizaciones de los intereses públicos para justificar las decisiones, así también mayores infracciones requerirán un escrutinio más severo por parte de los tribunales⁶².

⁵⁹ Rivers, a su vez, distingue entre la “deferencia judicial”, que remite a la competencia institucional, y la “autorestricción judicial”, que atiende a la legitimidad constitucional, véase Rivers (2006), 177 y (2014), 413.

⁶⁰ Alexy (2007), 520ss.

⁶¹ *Ibid.*, 552.

⁶² Rivers (2007), 187.

Sin embargo, como reconoce el propio Rivers, la concepción de Alexy tiende a minimizar la importancia de los principios formales y a entender la doctrina de la proporcionalidad como un análisis puramente sustantivo⁶³. Por un lado, la segunda ley de la ponderación se puede reconocer implícita en la primera (es decir, en la idea de que los principios son requerimientos de optimización), por lo que no parece necesario añadir ningún principio formal para ser tomada en cuenta. Dado que el conocimiento de los tribunales es limitado, será inevitable que no consideren que una limitación grave de los derechos puede ser compensada por un intento arriesgado de alcanzar un bien público, del mismo que aceptarán que una limitación moderada de los derechos puede ser compensada o no por la probabilidad de un beneficio importante en términos de bien común, dependiendo del grado de probabilidad⁶⁴. Por otro lado, para ser un principio genuinamente formal, la segunda ley de la ponderación de Alexy tendría que reformularse en términos que tuvieran en cuenta la relación de los tribunales con los agentes decisores principales. En muchos casos, la incertidumbre de los tribunales respecto a la posibilidad de que la medida adoptada produzca los beneficios esperados, hace que éstos exijan a las instituciones políticas que acrediten fehacientemente los juicios empíricos sobre los que basaron sus decisiones. Según esta nueva formulación, cuanto más grave sea la violación de los derechos, mayor ha de ser la fiabilidad de las estimaciones que las instituciones políticas deben aportar respecto a la realización de un interés opuesto en un grado suficientemente grande⁶⁵.

A mi modo de ver, la tendencia de Alexy a considerar la proporcionalidad como un análisis puramente sustantivo se debe a que su concepción está diseñada desde y para la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, especialmente el alemán. Estos tribunales disfrutaban de la suficiente independencia institucional como para adoptar un punto de vista ‘neutral’ o puramente sustantivo, dejando en un segundo plano las consideraciones formales. En un modelo concentrado de revisión, los tribunales constitucionales pueden adoptar fácilmente una perspectiva objetiva que tiende a minimizar las cuestiones relativas a las relaciones entre las distintas ramas del gobierno. Su posición superior en el sistema jurídico en materia constitucional les permite adoptar una perspectiva relativamente autónoma de los legisladores y los jueces a propósito de los conflictos entre los valores constitucionales.

⁶³ *Ibid.*, 170.

⁶⁴ *Ibid.*, 186.

⁶⁵ *Ibid.*, 183.

En el modelo *commonwealth*, en cambio, la revisión de constitucionalidad debe llevarse a cabo por tribunales de justicia, lo cual significa que la proporcionalidad no puede desligarse de la doctrina sobre la autorestricción judicial (o la doctrina de la ‘deferencia debida’). Según esta concepción, los tribunales no deben hacer su propio juicio sobre la proporcionalidad como si fueran el agente decisor principal. Aunque deben decidir por sí mismos si la disposición legislativa o la decisión pública son compatibles con los derechos protegidos, su papel es secundario respecto a la decisión principal de cómo resolver el problema social en cuestión. El tribunal revisor debe tratar de proteger los derechos constitucionales y, al mismo tiempo, ser respetuoso con la decisión del parlamento o el gobierno sobre la mejor respuesta jurídica a un problema social⁶⁶.

Por otro lado, la deferencia es una cuestión de grado, es decir, determina la mayor o menos intensidad con la que el tribunal aplicará el test de proporcionalidad. Como señala Rivers, el papel apropiado de la segunda ley de ponderación es orientar a los tribunales en la determinación de la intensidad de la revisión⁶⁷. Pero tanto en la concepción de Alexy como en la de Rivers, el factor decisivo que marca el grado de deferencia es de carácter sustantivo: “cuanto más grave sea la limitación de derechos, más intenso ha de ser la revisión que practiquen los tribunales”⁶⁸. En la concepción restrictiva, en cambio, la determinación de la deferencia exige a los tribunales realizar un complejo análisis en el que los factores formales y sustantivos se influyen mutuamente. Por un lado, los factores formales de competencia y legitimidad determinan el grado de deferencia judicial a favor de las estimaciones del agente decisor principal respecto a los factores sustantivos (la importancia del derecho, la severidad de su violación y la importancia del objetivo perseguido); simultáneamente, el tribunal tiene que hacer su propio juicio sobre todos estos factores sustantivos para valorar la importancia de los factores formales o institucionales en el contexto del caso⁶⁹. Los factores institucionales no pueden, en ningún caso, forzar al tribunal a deferir automática o sumisamente al criterio de las instituciones políticas, pues esto sería tanto como abdicar de su papel en el control de constitucionalidad de las leyes y decisiones públicas. La deferencia de los tribunales revisores es algo que deben ganarse los agentes decisores principales, probando su superior competencia, capacidad o legitimidad como factores relevantes para justificar el respeto de la judicatura.

⁶⁶ Kavanagh (2009), 239-240.

⁶⁷ Rivers (2007), 187.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Lo veremos con más detalle en el último capítulo de este trabajo, siguiendo a este respecto las reflexiones de Hunt (2003) y Kavanagh (2008), cap. 7.

Es más, si la revisión judicial versa propiamente sobre la justificación aportada por los agentes decisores principales, y no sobre los méritos de la decisión en sí, entonces los tribunales revisores deberían realizar su análisis de constitucionalidad bajo un enfoque procesal, en el sentido de centrar más su control en la calidad del razonamiento del agente decisor principal (es decir, la calidad del proceso de toma de decisiones) que en el resultado de dicho razonamiento. En este tipo de revisión, el tribunal trata de determinar si el agente decisor ha enfocado la cuestión del modo correcto, lo que significa no sólo controlar cómo se abordaron los hechos, sino también cómo fueron caracterizados⁷⁰. Según esto, los tribunales deben aceptar las limitaciones de los derechos cuando las razones del legislativo o de las autoridades públicas ofrecen una base razonable para justificar la decisión infractora. En el siguiente capítulo trataré de desarrollar esta concepción de la revisión de base procesal.

c) Dos visiones de sus componentes estructurales

Una vez que hemos discutido las diferencias esenciales entre las dos concepciones de la proporcionalidad, podemos pasar a analizar cómo se traducen tales diferencias en la concepción de los componentes en que se estructura esta metodología. Para ello, nos serviremos de la sentencia en el caso *A v. Secretary of State for the Home Department*⁷¹ (sentencia conocida como la decisión *Belmarsh* porque los recurrentes fueron detenidos indefinidamente en la prisión londinense que lleva ese nombre). En *Belmarsh* se reclamaba la derogación de la sección 23 de la ley antiterrorista de 2001 (*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*) que permitía al Gobierno detener indefinidamente a los no ciudadanos que se consideraban una amenaza para la seguridad nacional, pero que no podían ser deportados porque existía el riesgo de que sufrieran torturas en su país de origen. Dado que la ley no preveía la detención de los ciudadanos que supusieran un riesgo para la seguridad, a pesar de que en virtud de su ciudadanía tampoco podían ser deportados, la ley parecía una afrenta al principio de legalidad que exige la igualdad ante la ley, así como a los principios de cualquier régimen que se proponga tratar a todos los que están bajo su poder como plenos portadores de derechos humanos. En concreto, la petición de derogación se basaba en la incompatibilidad de la ley con los artículos 5 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que privaba a ciertas personas de su derecho a la tutela judicial efectiva por

⁷⁰ Dyzenhaus (2014), 251.

⁷¹ [2004] UKHL 56.

razón de su nacionalidad. El Tribunal de Apelación no encontró discriminación, pero la Cámara de los Lores anuló dicha decisión sobre la base de que la sección 23 era desproporcionada y discriminatoria. La mayoría no cuestionó la decisión del Gobierno de declarar la situación como un estado de excepción conforme al artículo 15 del Convenio, sino sólo su modo de reaccionar ante ella. La sentencia declaró la incompatibilidad entre la disposición legal y los derechos humanos sin invalidar la disposición, la cual permanece válida. Con todo, la sentencia provocó la promulgación de una nueva ley de seguridad nacional, la *Prevention of Terrorism Act* de 2005.

Respecto al primer componente del análisis (la legitimidad del objetivo), la mayoría de la Cámara de los Lores determinó el objetivo de la disposición impugnada siguiendo la definición de los recurrentes: “evitar la amenaza que suponen los terroristas de Al-Qaeda y sus partidarios para la seguridad del Reino Unido”⁷². Siguiendo expresamente las directrices de *Oakes*, el juez Bingham, en nombre de la mayoría, consideró que dicha definición ponía de relieve que el objetivo legislativo era “suficientemente importante para limitar un derecho fundamental”.

Este componente, como ya señalé, se considera muy relevante desde la concepción restrictiva de la proporcionalidad. Según esta concepción, es responsabilidad de los tribunales determinar qué objetivos públicos legítimos no son suficientemente importantes como para justificar la limitación de derechos fundamentales. El problema que plantea esta aproximación, apunta Rivers, es que, si un objetivo legislativo se considera suficientemente importante, entonces “está justificada cualquier acción del Estado racionalmente conectada con dicho objetivo y necesaria para conseguirlo”⁷³. Promover objetivos públicos legítimos e importantes es la responsabilidad de legislaturas y ejecutivos. La supervisión de los tribunales puede reducirse, así, al control de la *eficiencia* de los medios elegidos, con el fin de asegurar que no hay unos costes innecesarios en términos de derechos, es decir, que “no se usan mazos para romper nueces, o mejor, que no se usan mazos cuando se comprueba que los cascanueces no sirven”⁷⁴. De este modo, en la concepción restrictiva, la ponderación aparece de manera “incontrolada en la determinación de la flexibilidad con la que podemos definir el objetivo”⁷⁵. La especificidad con que se defina el objetivo determina el resultado de los otros componentes de la proporcionalidad. En el caso que nos ocupa, la definición del objetivo incluía la identificación de la amenaza con ciertos individuos (los terroristas de Al-

⁷² *A.*, [31] (Lord Bingham).

⁷³ Rivers (2006), 180.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, 188.

Qaeda y sus partidarios), lo cual apuntaba ya en la dirección de legitimar las medidas que se adoptasen contra esas personas.

Para la proporcionalidad optimizadora, en cambio, el primer componente del análisis no pasa de ser una fase meramente preliminar. Como señala Grimm, el Tribunal Constitucional alemán sólo exige que el objetivo legislativo sea un “propósito legítimo”, es decir, no prohibido por la Constitución, sin necesidad de considerar ningún elemento adicional más, como una “importancia suficiente” o una “necesidad urgente”⁷⁶. En esta concepción, es indispensable la certeza sobre el propósito de la ley a la hora de llevar a cabo el análisis costes-beneficios durante las etapas del test, pero la determinación del propósito no se considera parte del test, sino únicamente como su punto de partida. Por supuesto, también para el Tribunal alemán es crucial la cuestión de si el objetivo elegido por el legislador es lo suficientemente importante como para justificar una cierta violación de un derecho fundamental. Pero esta consideración aparece en la última etapa del test (la proporcionalidad en sentido estricto), donde el Tribunal pregunta si se ha realizado una ponderación justa entre los intereses en conflicto. Aun así, el propio Grimm reconoce que la diferencia entre ambas formas de proceder no establece una diferencia significativa en la práctica: “Como en Alemania, una ley es considerada inconstitucional en Canadá si su propósito es incompatible con la Constitución. Pero cualquier propósito lícito se considera como un propósito suficientemente importante”⁷⁷.

En la segunda etapa (la idoneidad o conexión racional), el juez Bingham argumentó que la falta de conexión entre la medida impugnada y el fin perseguido podía apreciarse en tres sentidos diferentes: en primer lugar, la medida no tenía en cuenta la amenaza que suponían los terroristas o partidarios de Al-Qaeda de nacionalidad británica (es decir, era infrainclusiva); en segundo lugar, permitía que sospechosos de pertenecer a Al-Qaeda dejaran el país y cometieran sus actividades terroristas en el extranjero (por tanto, era ineficaz); y, en tercer lugar, la medida permitía la detención de sospechosos de terrorismo no relacionados con el estado de excepción (era sobreinclusiva)⁷⁸.

En la concepción optimizadora, en cambio, el tribunal se hubiera conformado con preguntar si la medida adoptada era capaz de abordar el estado de excepción, es decir, “si la ley es adecuada para alcanzar su fin”⁷⁹. Esto implica, como explica Rivers, que la concepción optimizadora europea no tiene ningún problema con la infrainclusividad, en

⁷⁶ Grimm (2007), 388.

⁷⁷ *Ibid.*, 388-389.

⁷⁸ *A.*, [33].

⁷⁹ Grimm (2007), 387.

tanto que la medida contribuya de algún modo al objetivo. Para esta concepción, la ineficacia es un problema sólo cuando es total, es decir, cuando es incapaz de lograr el objetivo marcado. La superinclusividad, en cambio, supone un problema en ambas concepciones, pues implica que la medida adoptada no contribuye al fin legítimo previsto⁸⁰. La diferencia vuelve a ser la mayor simplicidad de la concepción optimizadora. Y es que apreciar la posible infrainclusividad o escasa eficacia de la medida implica suponer que existe otras formas mejores de conseguir el fin propuesto, lo cual exige tener en cuenta, implícitamente, los costes en términos de derechos y los beneficios en términos de interés público. Con ello, la proporcionalidad restrictiva trata de identificar decisiones arbitrarias, discriminatorias o muy desproporcionadas⁸¹. La concepción optimizadora, en cambio, sólo trata de establecer en esta segunda etapa “un umbral de plausibilidad factual y normativa” que prepare el terreno para el ulterior juicio de ponderación⁸².

Respecto al tercer componente (la necesidad de la medida adoptada), Lord Bingham también aceptó la argumentación de los recurrentes: si la violación del derecho a la tutela judicial efectiva no era necesaria para evitar la amenaza que suponían los terroristas y partidarios de Al-Qaeda de nacionalidad británica, entonces dicha medida tampoco podía considerarse necesaria para evitar la amenaza de los terroristas extranjeros⁸³. Según el juez era posible idear otras formas de inhibir la actividad terrorista que suponían una menor violación de derechos (por ejemplo, con el uso de algún medio electrónico de vigilancia, la limitación de su capacidad de movimiento y comunicación, etc.). Tales medios se utilizaban en el caso de los terroristas nacionales, y no había ninguna razón para pensar que no fueran igualmente efectivos en el caso de los extranjeros.

Este argumento conlleva un juicio de ponderación implícito. Para determinar si la infracción del derecho va más allá de lo que es necesario para lograr el objetivo, el juez pondera, por un lado, las razones a favor de mantener la decisión del legislador, y por otro, la preocupación por preservar el valor de los derechos individuales de las personas afectadas. Dicho en otros términos, además de un juicio de efectividad en sentido estricto (preguntando si existe una tercera opción que sea tan efectiva como la impugnada pero menos invasiva respecto a los derechos), el juicio de necesidad contiene también un juicio de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) según el cual, cualquiera que sea la

⁸⁰ Rivers (2006), 189.

⁸¹ Como vimos en los ejemplos de discriminación por razón de orientación sexual en la jurisprudencia canadiense, capítulo 3.

⁸² Rivers (2006), 189.

⁸³ A., [35].

justificación en términos del objetivo perseguido, las consecuencias adversas no deben ser excesivas o desproporcionadas para los derechos de los individuos afectados. De este modo, la tercera y cuarta etapas se solapan en un solo test de necesidad por el cual el juez trata de garantizar que la infracción es lo más limitada posible.

En este punto es donde radica la mayor diferencia entre las dos concepciones de la proporcionalidad. En la concepción optimizadora, la ‘necesidad’ se distingue de la ‘proporcionalidad en sentido estricto’ como dos cuestiones conceptualmente distintas e independientes. En la tercera etapa se cuestiona la proporcionalidad de preferir una medida con respecto a otras medidas posibles, lo cual exige considerar los costes y beneficios relativos de las alternativas disponibles. En la cuarta, en cambio, la cuestión es si, dejando a un lado cualquier enfoque alternativo, la interferencia en los derechos individuales está en proporción con el objetivo alcanzado. Es más, según esta concepción el juicio de ponderación es la etapa fundamental en la que convergen las tres anteriores como fases preparatorias. Aunque admite un juicio muy general de ponderación en la primera etapa, la proporcionalidad optimizadora “elimina cualquier ponderación de las etapas segunda y tercera, reservando cualquier evaluación ulterior para la etapa final, donde se afronta la ponderación de modo separado y abierto”⁸⁴. Esta forma de operar supone, según Rivers, no sólo una mayor claridad conceptual, sino también una mayor protección de los derechos. La concepción restrictiva, al no separar la cuarta etapa como una fase independiente, “tiende a ser una evaluación de mera eficiencia” en la que se asume como justificado cualquier medio que permita alcanzar el objetivo previsto por el legislador⁸⁵.

En mi opinión, se trata de dos concepciones que responden a sendas visiones de la justicia constitucional. Para la concepción optimizadora, lo importante no es si las razones aportadas por el agente decisor principal justifican la medida elegida como una decisión proporcionada, sino si dicha decisión es objetivamente proporcionada o no. Está diseñada para encontrar la mejor solución posible a un conflicto de deberes o una colisión de valores. Para la concepción restrictiva, en cambio, el test de proporcionalidad es una forma de averiguar si la justificación aportada por el agente decisor principal es suficiente en una sociedad democrática. Esto último significa otorgar una gran importancia a la cuestión de si el agente decisor principal ha tenido en cuenta adecuadamente los diferentes intereses y consideraciones en juego. Más que el resultado final, lo que le interesa al juez es averiguar si las razones por las que se adoptó la medida justifican efectivamente la limitación de los

⁸⁴ Rivers (2006), 190.

⁸⁵ *Ibíd.*

derechos. Lo cual implica, evidentemente, un grado mayor de respeto hacia el responsable principal de la decisión. Como afirmó la juez McLachlin, Presidente del Tribunal Supremo de Canadá: “El listón de constitucionalidad no debe ser tan alto que se ponga en peligro la adopción de soluciones creativas para problemas difíciles. Es, por tanto, apropiado un grado de deferencia”⁸⁶.

C. El papel de los jueces en un sistema democrático

Para terminar este estudio comparativo, mi propósito es ofrecer un argumento a favor de una revisión de constitucionalidad estrictamente judicial, es decir, vindicar la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad que es propia del modelo *commonwealth*. Para ello, comenzaré identificando el argumento fundamental que, a mi juicio, establece la legitimidad de la interferencia judicial en el proceso político, pasando luego a contrastar los modelos europeo y *commonwealth* desde el punto de vista de dicho argumento fundamental.

Desde un punto de vista crítico, Nino y Bayón han puesto de relieve que el control judicial de constitucionalidad no debería considerarse conectado conceptualmente con la idea de una Constitución como norma suprema. El control judicial es una garantía (deseable o no) de la supremacía constitucional, pero “no su presupuesto ni su consecuencia lógica”⁸⁷. Según Bayón, la superioridad de la Constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico depende de la práctica de reconocimiento que opere efectivamente en la sociedad, de modo que si se acepta como parte de esa práctica “que los preceptos de la Constitución son obligatorios para el legislador y que las leyes que la contradigan son inválidas”, entonces cabría decir que la Constitución es suprema en dicha sociedad, “aunque el ordenamiento niegue a los jueces cualquier posibilidad de control y les obligue a aplicarlas”⁸⁸.

Sin embargo, más allá de las consideraciones de “necesidad lógica” o conceptual, este planteamiento genera inmediatamente una pregunta práctica, ¿quién se encarga de determinar cuándo y en qué medida se produce dicha contradicción entre la Constitución y las leyes? Si es el propio parlamento el único al que se le reconoce autoridad para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, no estaríamos ante un genuino compromiso con la obligatoriedad de los principios constitucionales. Como vimos en la segunda parte, dicho compromiso exige de manera ineludible (es decir, para llegar a ser un genuino compromiso)

⁸⁶ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 R.C.S. 567, [37].

⁸⁷ Bayón (2004), 136; Nino (1997), 270.

⁸⁸ *Ibid.*, 137.

la intervención de un tercero independiente que juzgue su cumplimiento efectivo⁸⁹. De ahí que no nos pueda sorprender que, en la práctica, la superioridad de la Constitución en un ordenamiento jurídico se traduzca en un elevado nivel de respeto de los legisladores y del público en general hacia la opinión de los jueces.

En este sentido, Prieto Sanchís ha señalado, en mi opinión con acierto, que el control difuso y concreto (que es consustancial a los jueces del modelo colaborativo, dentro de la tradición del *common law*) es “de todo punto indispensable en presencia de Constituciones dotadas de un denso contenido material de principios y derechos [...] un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones”⁹⁰. Sin garantía jurisdiccional efectiva, y sin revisión judicial de justificación, no hay Constitución verdaderamente suprema, sino “simplemente un documento político”⁹¹.

Desde un punto de vista normativo, sin embargo, no basta con que afirmemos el carácter indispensable de la intervención judicial en el proceso político. Puede que, en un sistema jurídico presidido por una Constitución con declaración de derechos fundamentales, no nos quede más remedio que aceptar dicha intervención, y que, no obstante, creamos tener buenas razones para reducirla a su mínima expresión. Ésta es la postura, como vimos, de los constitucionalistas políticos. Para defender la deseabilidad de la revisión judicial necesitamos, por tanto, un argumento que vaya más allá de la constatación del carácter jurídico de la norma constitucional. A este respecto, creo que, tanto en el modelo europeo como el *commonwealth*, el principal argumento a favor de la interferencia judicial es que se trata de una institución que fomenta una cultura de la justificación. En palabras de Ferreres:

Si es admisible un control judicial de la constitucionalidad de la ley en materia de derechos, ello no se debe a que los jueces constitucionales sean más capaces que el Parlamento democrático para protegerlos adecuadamente, sino a una consideración distinta, a saber: que la intervención de los jueces constitucionales contribuye a mantener viva una cultura política en la que las decisiones colectivas se toman sobre la base de razones públicas que puedan ser aceptadas sin coerción por los miembros de una comunidad política de iguales⁹².

En una cultura de la justificación, todos los poderes públicos tienen el deber de explicar sus decisiones en términos de razón pública, y los jueces son el principal

⁸⁹ Postema (2010a), 277; (2010b), 1857.

⁹⁰ Prieto Sanchís (2003), 139.

⁹¹ *Ibid.*, 156.

⁹² Ferreres (1997), 269.

mecanismo para exigir dicha justificación⁹³. Por otra parte, reconocer al poder judicial la capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes no implica negar dicha capacidad a órganos no jurisdiccionales, dependientes del poder legislativo. En lugar de plantear la cuestión como si tuviéramos que elegir entre el control de los jueces o el control de los legisladores, es preferible buscar un diseño en el que ambos puedan colaborar en la realización de los mismos valores constitucionales, puesto que un diseño institucional basado en el control y diálogo recíprocos es el que mejor garantiza una democracia con un alto grado de deliberación pública.

Un diseño institucional que organice en términos de control y diálogo recíprocos las relaciones entre el legislador y los jueces puede garantizar que las decisiones del sistema político, globalmente considerado, se tomen con mayor grado de deliberación que las de un sistema político que atribuye toda la decisión en materia de interpretación de derechos a un legislador no controlado por los jueces constitucionales, o a unos jueces constitucionales que no cuentan con la intervención anterior ni posterior del legislador⁹⁴.

Ahora bien, aunque ambos modelos buscan el fomento de una cultura de la justificación, creo que hay consideraciones que pesan a favor del modelo *commonwealth*. En principio, es justo decir que algunos rasgos del modelo europeo operan como “vectores de activismo” y, por tanto, como incentivos para una política altamente deliberativa. En este sentido, Ferreres ha señalado que los tribunales constitucionales han sido creados con una misión especial (someter a escrutinio las decisiones del legislador), por lo que no pueden negarse a revisar una ley que es objeto de impugnación, ni eludir fácilmente las cuestiones constitucionales que encierra la legislación impugnada⁹⁵. El propio espacio institucional de estos tribunales depende, en gran medida, de su grado de activismo, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales ordinarios de justicia, que gozan de una mayor flexibilidad para juzgar con qué grado de intensidad van a ejercer su función de revisar la constitucionalidad de las leyes. “En cierta medida”, señala Ferreres, el modelo europeo tiene un sesgo ‘anti-Bickelliano’, pues hace difícil que el tribunal constitucional guarde silencio”⁹⁶. En este sentido, un modelo centralizado constituye un sistema altamente garantista, en donde los legisladores se ven forzados a elevar el rigor de sus argumentos a propósito de la compatibilidad de las leyes con los derechos protegidos. Por este motivo, este modelo puede

⁹³ Para un desarrollo de la concepción de los tribunales constitucionales como instituciones deliberativas, véase Ferejohn y Pasquino (2002).

⁹⁴ *Ibíd.*, 182.

⁹⁵ Ferreres (2011), 119ss.

⁹⁶ *Ibíd.*, 125.

considerarse especialmente propicio en aquellos contextos donde se requiere una reconstrucción completa del sistema jurídico y político (como ocurrió en los países europeos después de la traumática experiencia totalitaria, o como acontece en la actualidad en muchas sociedades que transitan hacia la democracia)⁹⁷.

Pero es precisamente esta forma de fomentar una cultura de la justificación lo que hace que el modelo europeo pueda debilitar la toma de decisiones por mayoría. El control concentrado de las leyes, ejercido por un tribunal relativamente independiente de los poderes legislativo y judicial, produce una jurisprudencia constitucional relativamente separada de la legislación ordinaria. El problema es que dicha separación puede utilizarse por los jueces constitucionales para abandonar ‘la perspectiva de la aplicación del derecho’ y convertirse en auténticos legisladores constitucionales. Éste es precisamente el punto que señaló Habermas en su crítica a Alexy (y, en general, a lo que en Alemania se denomina la ‘jurisprudencia de los valores’)⁹⁸. La propia configuración de los tribunales constitucionales como órganos cuasi-legislativos, así como la concepción ‘optimizadora’ de la proporcionalidad en el control de las leyes, exponen a estos tribunales a la posibilidad de adoptar la perspectiva de un genuino legislador constitucional, con el consiguiente riesgo de paternalismo o, peor, de autoritarismo. El desarrollo y realización de los derechos debe corresponder, en un sistema democrático, a los poderes electos en la persecución de sus políticas. El problema que plantea un modelo centralizado es, pues, el que puso de relieve Nino a propósito de los prerrequisitos del valor epistémico de la democracia⁹⁹: cuanto mayor sea la extensión de la justicia constitucional (y, por tanto, la jurisdicción de los tribunales constitucionales), menor será el campo de acción para la toma de decisiones por mayoría. O, dicho de otro modo, la jurisprudencia del tribunal constitucional predetermina la iniciativa parlamentaria, reemplazando la incertidumbre normativa por la obligación constitucional¹⁰⁰. En definitiva, el riesgo es que la doctrina relativamente separada del tribunal constitucional se convierta en una doctrina “dependiente directamente del tribunal” y, por tanto, en “una actividad legislativa implícita”¹⁰¹.

En este sentido, cabe recordar que las constituciones en el modelo europeo no sólo sirven de marco legal de protección de derechos (*the rule of law*), sino que también aspiran a ser normas fundamentales para la construcción social (lo que Alexy denomina la

⁹⁷ Para el caso concreto de Colombia, véase García Jaramillo (2015), donde se defiende el papel del Tribunal Constitucional en la promoción de los derechos humanos y del ideal deliberativo en dicho país.

⁹⁸ Habermas (1998), 327ss.

⁹⁹ Nino (1997), 192-193.

¹⁰⁰ Stone Sweet (2000), 74.

¹⁰¹ Habermas (1998), 335.

Constitución como “orden fundamental”). Es precisamente la inclusión en el texto constitucional de principios materiales de naturaleza socioeconómica lo que puede suponer una intrusión inadmisible de los jueces constitucionales en el ámbito del poder legislativo. Ante esta objeción, Alexy responde distinguiendo entre una concepción cuantitativa y otra cualitativa de la Constitución como “orden fundamental”¹⁰². Desde una concepción cualitativa, afirma Alexy, la omnipresencia de la Constitución en la vida socioeconómica del país no implica la disminución de la capacidad de decisión de las instituciones políticas, puesto que la Constitución sólo determina algunas “cuestiones fundamentales”, dejando un amplio margen para la acción discrecional de los poderes electos. Este margen de acción es de tipo estructural. Además, Alexy reconoce que hay una distancia entre lo que requiere la Constitución y lo que pueden exigir los jueces constitucionales. Esto se debe al principio formal democrático por el que el tribunal revisor debe reconocer una “discrecionalidad epistémica” al legislador en condiciones de incertidumbre sobre las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción de los derechos.

Sin embargo, a mi modo de ver, estos dos márgenes de discrecionalidad implican que el orden fundamental no es, ni debe ser, algo distinto a un orden marco, puesto que, de lo contrario, la Constitución estaría determinando también el interior del marco. Pero esto último es lo que parece desear Alexy cuando afirma que “una buena Constitución debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”¹⁰³. Es decir, que además de servir de esquema de protección de derechos, garantizado por los órganos jurisdiccionales, la Constitución debe decidir algunas de las cuestiones fundamentales de la sociedad. El problema es que entonces se hace necesario abrir un espacio institucional para un tribunal relativamente independiente del legislativo y con autoridad para decidir tales cuestiones. Y, así, cuantas más cuestiones resuelva este tribunal, menor será el ámbito de decisión que le quede al legislador ordinario.

Que este problema no sólo se plantea en un plano teórico, sino que representa una amenaza real, puede comprobarse a partir de lo que afirman Stone Sweet y Shapiro a propósito de las diferencias entre los dos modelos de supremacía judicial: el de los Estados Unidos y el de los países de la Europa continental. Según estos autores, cuando los jueces del modelo americano invalidan una ley, tienden a concentrar sus esfuerzos en dar razones que respaldan la invalidación, en lugar de sugerir los cambios que se requieren para salvar su constitucionalidad. Dado que sus sentencias son dictadas en el curso de un litigio

¹⁰² Alexy (2007), 519-520.

¹⁰³ *Ibid.*, 520.

ordinario, los jueces ‘americanos’ tienden a (o pretenden) visualizar su auditorio reducido a las dos partes enfrentadas en el caso en cuestión. Dichas partes sólo están interesadas en la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que la resolución de este asunto puede determinar qué parte gana el litigio. En el modelo europeo de revisión, en cambio, el contexto es muy diferente:

En muchos casos, el supuesto auditorio de los jueces [constitucionales] europeos es el legislativo mismo, que espera la evaluación judicial de su producción. Dicho auditorio está directa e inmediatamente interesado en cómo mejorar la legislación si los jueces la encuentran defectuosa. Los tribunales constitucionales europeos ofrecen con frecuencia instrucciones directas y específicas sobre cómo volver a redactar una ley inconstitucional para salvar su constitucionalidad. A veces las opiniones llegan a ofrecer el lenguaje de la redacción legislativa que los jueces considerarían constitucional¹⁰⁴.

De ahí que los autores no duden en calificar al tribunal constitucional europeo como “una tercera cámara legislativa”, con “una capacidad especializada en cuestiones constitucionales”, “que reenvía sus versiones constitucionalmente mejoradas de los proyectos legislativos a las otras dos cámaras para su ulterior consideración”¹⁰⁵. Es la propia configuración institucional de estos tribunales la que los capacita para operar como genuinos legisladores constitucionales.

Por otra parte, un modelo centralizado no sólo puede recortar la libertad de los poderes electos a la hora de legislar, sino que tampoco permite a los jueces cumplir con la función para la que están especialmente dotados. En términos de Genaro Carrió, esta función consiste en “poner coto con prudencia a los eventuales excesos legislativos, caso por caso, a la luz de las exigencias de la Constitución”¹⁰⁶. Por supuesto, al ser la Constitución parte del ordenamiento jurídico, los jueces ordinarios del modelo europeo tienen que aplicar las leyes basándose en los principios constitucionales. Esto significa un amplio campo de posibilidades para la argumentación jurídica de los jueces, sobre todo si lo comparamos con el papel cuasi-mecánico que debían cumplir en el Estado liberal europeo del siglo XIX y

¹⁰⁴ Stone Sweet y Shapiro (1994), 404.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Como ya se señaló en el capítulo 7, Stone Sweet apunta en otro estudio más reciente algunos ejemplos de este fenómeno: el Código de Procedimiento Penal en Italia, la política privatizadora y nacionalizadora en Francia, la financiación de campañas en Alemania, los derechos lingüísticos en España y, en todos estos países, algunos componentes de los regímenes legales que gobiernan la radiodifusión, el sistema electoral, las relaciones laborales y la fiscalidad. Además, los recursos de inconstitucionalidad (peticiones de revisión abstracta) son poderosas y efectivas armas de la oposición política para alcanzar sus propios objetivos reguladores. En Francia, Alemania y España, más de la mitad de toda la legislación revisada a través del recurso de inconstitucionalidad ha sido (al menos parcialmente) anulada, Stone Sweet (2000), 73-74

¹⁰⁶ Carrió (1991), 157.

principios del XX. En el nuevo modelo europeo, los jueces ordinarios “deben buscar vías interpretativas para lograr que las leyes resulten coherentes con la Constitución [...] deben tratar de encontrar una interpretación de la ley que salve su validez constitucional”¹⁰⁷. No obstante, un modelo centralizado de revisión exige necesariamente eliminar de la interpretación judicial el juicio acerca de la validez de las leyes bajo la Constitución, *impidiendo así una revisión jurisdiccional en sentido estricto*.

Como señala Ferreres, para otorgar una cierta autonomía a la doctrina constitucional, es necesario “distinguir entre aquellas lecturas de las leyes que cuentan como posibles ‘interpretaciones’, por un lado, y aquellas otras que no se pueden considerar ya ‘interpretaciones’, sino ‘correcciones’ o ‘modificaciones’ de las leyes, por el otro”¹⁰⁸. En un modelo centralizado, los jueces ordinarios no pueden determinar por sí mismos las fronteras que limitan ambos reinos; al contrario, deben someterse a las determinaciones del Tribunal Constitucional. Esto significa que, en el modelo europeo, los jueces ordinarios no pueden ‘corregir’ las leyes con el fin de proteger los derechos fundamentales. Su poder interpretativo no incluye la posibilidad de elegir una lectura de las normas impugnadas que esté más allá de la literalidad del texto, eliminando o modificando los términos empleados por el legislador, o añadiendo otros nuevos, con el fin de salvar su validez constitucional. “En un modelo centralizado, sólo el tribunal constitucional está autorizado para realizar tal operación”¹⁰⁹. Del mismo modo, cuando un juez ordinario se enfrenta a un caso en el que se plantea un problema constitucional ‘nuevo’ (sobre el que el tribunal constitucional no ha tenido todavía oportunidad de pronunciarse), el juez debe autorestringirse. No debe tratar de “encajar la ley en lo que *él cree* viene exigido por la Constitución”, sino limitarse al “significado relativamente claro de la ley aplicable al caso” y, si fuera necesario, elevar una cuestión de inconstitucionalidad. El tribunal constitucional es el único que puede corregir la ley, indicando “la dirección constitucional correcta” en la que los jueces pueden, en caso necesario, “empujar la ley” más allá de su sentido literal con el fin de dar protección a los derechos¹¹⁰.

La principal desventaja de este modelo, en términos deliberativos, es que desaprovecha la especial contribución que pueden hacer los tribunales ordinarios a la riqueza de la conversación constitucional. Baste con recordar aquí lo que dijimos en el capítulo 6 sobre los tribunales como foros deliberativos. Como señala el propio Ferreres, el

¹⁰⁷ Ferreres (2011), 172.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid., 173.

¹¹⁰ Ferreres (2011), 179.

monopolio del tribunal constitucional respecto a la revisión de las leyes impide que las cuestiones constitucionales puedan ir “filtrándose gradualmente entre los diversos tribunales antes de que sean zanjadas”¹¹¹. Un modelo de revisión difuso o estrictamente jurisdiccional, en cambio, permite que la misma cuestión se examine en diferentes instancias judiciales, lo que implica que pueda aflorar una pluralidad de puntos de vista, y que los jueces y abogados puedan ir refinando sus argumentos en cada nueva ocasión. En el modelo centralizado, los jueces sólo pueden poner en marcha y, en cierta medida, preparar la deliberación del tribunal constitucional a través de una cuestión de inconstitucionalidad¹¹².

En el modelo *commonwealth*, en cambio, los jueces ordinarios no tienen la última palabra sobre la interpretación constitucional, pero sí tienen autoridad para juzgar la legislación según los estándares de los derechos protegidos. Esto puede significar, en algunas ocasiones, que los jueces modifiquen o alteren la disposición legal impugnada con objeto de resolver el caso. Cuando la disposición no produce ninguna interpretación compatible con los derechos protegidos, los jueces pueden resolver declarando la incompatibilidad de la disposición impugnada con los derechos protegidos. De este modo, no compiten con el legislador, puesto que aplican el Derecho vigente, pero declarando su incompatibilidad. Si, como ocurre en Canadá, los jueces pueden declarar sin efecto o nulo (*inoperative*) una disposición que consideran inconstitucional, los Parlamentos federal y provinciales cuentan con el procedimiento de la sección 33 de la Carta, por el cual pueden responder a las interpretaciones judiciales de las que discrepan, aprobando una ley que entra en colisión con ellas.

En suma, el modelo centralizado de revisión impide la completa ‘legalización’ de la Constitución. Por ello, creo que acierta Prieto Sanchís al afirmar que los tribunales constitucionales deberían considerarse como un “cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días”, como un “residuo” de aquella concepción (kelseniana) según la cual la Constitución no es fuente de Derecho, sino una “norma organizativa de las instituciones del Estado, separada del resto del sistema jurídico, y, por tanto, controlable sólo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del poder judicial”¹¹³. Ahora bien, desde mi punto de vista, el modelo concentrado europeo responde a dos rasgos definitorios de la cultura jurídica europea: en primer lugar, el especial peso que se le otorga

¹¹¹ *Ibid.*, 102.

¹¹² Como señala el propio Ferreres, Portugal es una excepción a este respecto, puesto que los jueces ordinarios de este país pueden dejar de aplicar las leyes por su propia autoridad, expresando su punto de vista en sus sentencias antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, *ibid.* 103, n. 6.

¹¹³ Prieto Sanchís (2003), 169.

en los sistemas *civil law* al valor de la certeza jurídica, que hace preferible un modelo de revisión en el que las cuestiones constitucionales se resuelven tan pronto como sea posible y de un modo que no genera futuras contradicciones¹¹⁴; y, en segundo lugar, el denso contenido material de las constituciones europeas, el cual parece exigir un órgano especializado en la delicada tarea de determinar algún tipo de jerarquía entre los múltiples y tendencialmente contradictorios valores constitucionales. En todo caso, el recurso de amparo que existe en varios países europeos supone un efectivo acercamiento al “constitucionalismo de nuestros días”; en este mismo sentido, sería deseable la introducción de procedimientos que permitiesen a las instituciones políticas legislar, si así lo desean, en sentido contrario a las doctrinas constitucionales vigentes, lo cual abriría “una nueva ronda de debate” en la que el tribunal tendría que reconsiderar sus interpretaciones¹¹⁵.

¹¹⁴ “En efecto, al establecer un tribunal constitucional al que se puede acceder tan pronto como una ley presenta problemas constitucionales, el modelo centralizado ofrece certeza jurídica de manera muy directa. Cuanto antes hable el tribunal, tanto más rápidamente se despejarán las dudas jurídicas suscitadas. Además, las sentencias del tribunal constitucional que invalidan leyes despliegan efectos generales [...] el tribunal puede eliminar la ley del sistema jurídico, si concluye que es contraria a la Constitución. La ley es ‘expulsada’ del ordenamiento. El tribunal, por ello, no entrará en contradicción en el futuro, en relación con esa concreta ley”, Ferreres (2011), 56.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 150.

8.

Proporcionalidad y deferencia debida en el modelo colaborativo

En este capítulo final trataré de desarrollar los rasgos básicos de la doctrina de la proporcionalidad dentro del modelo colaborativo. El capítulo está dividido en tres secciones. En la primera se discute, por una parte, cómo debemos entender la relación entre la proporcionalidad y la razonabilidad (es decir, el estándar tradicional de la *judicial review* en los sistemas del *common law*) y, por otra, cuál es el enfoque de la revisión de proporcionalidad que resulta más coherente con el modelo colaborativo. A este respecto, defenderé una revisión centrada en el proceso de toma de decisiones (es decir, un control de las razones y consideraciones que pretenden servir de justificación de las decisiones públicas) frente a la revisión propiamente sustantiva (centrada en los resultados, donde el tribunal trata de establecer si la injerencia en un principio es o no proporcionada en sentido estricto). La segunda sección se ocupa, por su parte, del papel de la deferencia judicial dentro de la metodología de la proporcionalidad. Para ello, trataré de elaborar con mayor extensión la doctrina de la deferencia debida que parece exigir una revisión sin supremacía judicial como la del modelo colaborativo. Por último, en la tercera sección argumentaré a favor de un Derecho público ‘no bifurcado’, en el que los análisis de proporcionalidad y deferencia debida pueden aplicarse al control de todas las decisiones públicas y no sólo a las que afectan directamente a los derechos fundamentales.

A. El análisis de proporcionalidad

a) Proporcionalidad y razonabilidad

El estándar de razonabilidad (o irrazonabilidad) ha sido tradicionalmente el criterio para juzgar la legalidad de las decisiones públicas en el Derecho administrativo de los sistemas del *common law*. Con la implantación en estos sistemas de la revisión de constitucionalidad,

y el consiguiente uso del análisis de proporcionalidad, surge la cuestión de cómo debe entenderse la relación entre este nuevo análisis y el tradicional estándar de la *judicial review*. A mi modo de ver, esta relación se ha puesto de manifiesto en dos sentidos complementarios. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá ha desarrollado el análisis de proporcionalidad como una forma de determinar la razonabilidad de las decisiones públicas; en segundo lugar, una parte de la doctrina británica ha puesto de relieve que el requerimiento de razonabilidad incluye un juicio de ponderación y que, por tanto, no existe una distinción significativa entre este requerimiento y el análisis de proporcionalidad. En este apartado desarrollaremos ambos enfoques, tratando de demostrar su complementariedad.

Bajo el estándar de la razonabilidad, la cuestión de la proporcionalidad corresponde al decisor principal, sea el parlamento o el gobierno, y la tarea del tribunal es garantizar que la opinión del decisor principal no es tan irrazonable como para autorizar la intervención judicial. Por tanto, la cuestión no es estrictamente si la decisión, norma o política pública es proporcional o no, sino si un agente decisor razonable puede pensarlo así. El efecto de adoptar esta concepción de la proporcionalidad es “procedimentar los derechos” fundamentales, convirtiéndolos en “consideraciones obligatorias en el proceso de toma de decisiones, y negando su naturaleza como derechos sustantivos relacionados con el resultado”¹. Según este enfoque, los tribunales deben deferir a la opinión de los legisladores cuando éstos han ofrecido una base razonable de sus leyes, del mismo modo que deben deferir a la interpretación del Derecho de los órganos administrativos cuando las razones de los funcionarios ofrecen una base razonable para sus decisiones. En esto consiste *el enfoque procesal de la revisión judicial y la consiguiente doctrina de la deferencia debida*.

El Tribunal Supremo de Canadá, como vimos en el capítulo 2, ha desarrollado esta concepción de la proporcionalidad en el contexto de la revisión de constitucionalidad de las leyes, como consecuencia de la evolución de los criterios de *Oakes* en los sucesivos juicios de *Edward Books*, *Irwin Toy* y *RJR-MacDonald*. La juez Beverley McLachlin, actual Presidenta del Tribunal, sintetiza este enfoque en los siguientes términos:

El efecto de la sección 1 [de la Carta de 1982, *the Charter*] es preservar el derecho del gobierno para promulgar las leyes que desee, no importa lo intrusivas que sean, siempre que pueda justificarlas como razonables en una sociedad libre y democrática. A veces el gobierno ha violado la sección 1, bien por falta de prueba bien porque la ley no estaba dirigida hacia un fin importante o no era probable que promoviera el fin que se proponía.

¹ Rivers (2006), 191.

Otras veces una ley iba mucho más allá de lo que se requería para alcanzar el fin, o simplemente producía demasiado daño, en materia de derechos, para el escaso bien que era probable que lograra. Sin embargo, los jueces se han esforzado en no situar demasiado alto el umbral de la justificación, especialmente cuando están en juego valores sociales en conflicto, estableciendo que el gobierno no necesita mostrar que su decisión fue la mejor opción, sino meramente que era una de las varias respuestas razonables².

Al mismo tiempo, en el contexto del Derecho administrativo, el alto tribunal canadiense también ha señalado que la proporcionalidad implica la aplicación de un estándar de razonabilidad. Según la juez L'Heureux-Dubé, que redactó la opinión de la mayoría en el importante caso *Baker*, la aplicación de la metodología de la proporcionalidad a los ejercicios de discrecionalidad administrativa significa revisar las razones que alega el agente decisor principal aplicando el estándar de razonabilidad³. La revisión judicial debe centrarse, por tanto, en la relación de las razones del funcionario y su decisión, y no en el contenido mismo de la decisión.

En el Reino Unido, sin embargo, este enfoque ha sido objeto de un fuerte rechazo por parte de una importante corriente jurisprudencial y doctrinal. Según esta corriente de opinión, el control judicial de constitucionalidad exige sustituir el tradicional estándar de la razonabilidad (conocido como 'irrazonabilidad' o *Wednesbury test*) por el nuevo principio de la proporcionalidad, que exige un escrutinio mucho más intensivo. Bajo el test *Wednesbury*⁴, la intervención judicial sólo debe producirse cuando el tribunal aprecia que la irrazonabilidad del decisor principal es extrema, es decir, "tan escandalosa en su desafío de la lógica y de los estándares aceptados de la moralidad que nunca hubiese sido adoptada por ninguna persona sensata que hubiese pensado sobre la cuestión a decidir"⁵. Así entendido, el criterio de razonabilidad no contendría ningún juicio de ponderación; se limitaría a exigir una conexión razonable entre el objetivo y el medio elegido para lograrlo.

² McLachlin (1999), 29.

³ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, [62]. La juez cita la siguiente definición del juez Iacobucci en *Southam*: "Una decisión irrazonable es aquella que, en lo fundamental, no recibe el apoyo de ninguna razón que pueda resistir un cierto examen probatorio. Por tanto, un tribunal que revisa una decisión bajo el estándar de razonabilidad debe indagar si existe alguna razón que la sostenga. El defecto, si lo hubiera, presumiblemente estará en el fundamento probatorio mismo o en el proceso lógico por el cual se intentan extraer conclusiones a partir de dicho fundamento", *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 SCR 748, [56].

⁴ Dicho test debe el nombre al caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

⁵ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410 (Lord Diplock).

Quizá la más conocida (y citada) defensa de esta opinión se encuentra en el voto particular de Lord Steyn en *Daly*⁶. En este caso, se discutía la legalidad de un reglamento de prisiones por el que los presos debían salir de sus celdas durante las inspecciones, que incluían el examen de la correspondencia con sus abogados. La Cámara de los Lores determinó por unanimidad que esta medida violaba el derecho de los prisioneros a la confidencialidad de la comunicación legal, establecido en el artículo 8(1) del Convenio. En su voto particular, Lord Steyn expresó su convencimiento de que la Ley de Derechos Humanos de 1998 exigía un cambio profundo en la revisión judicial. En concreto, la nueva ley requería el abandono del tradicional fundamento *Wednesbury*, excesivamente deferente, y su sustitución por el estándar de la proporcionalidad, bajo el cual “la intensidad de la revisión es algo mayor”⁷. Esta supuesta mayor intensidad de la proporcionalidad como estándar de revisión judicial se debía a que dicho estándar “puede requerir que el tribunal de revisión valore la ponderación de razones que el decisor ha realizado, no meramente si está dentro del rango de decisiones racionales o razonables”. Según la opinión de Steyn, el test *Wednesbury* “no es necesariamente apropiado para la protección de los derechos humanos”, ni siquiera en su versión más exigente. Esta versión más exigente fue desarrollada por la Cámara en el caso *Smith*⁸, y se la suele denominar el test del ‘escrutinio reforzado’ (*heightened o anxious scrutiny*). Según Steyn, la impugnación basada en el artículo 8 del Convenio no tendría éxito bajo el escrutinio reforzado. Por último, el juez no dejó de advertir que la adopción de la proporcionalidad “no significa que haya habido un cambio hacia la revisión de los méritos”, es decir, no significaba aplicar un estándar de corrección⁹.

No obstante, Steyn reconoció que existía un “solapamiento entre los fundamentos tradicionales de la revisión y el enfoque de la proporcionalidad”. En la mayoría de los casos, asegura el juez, los dos test podrían arrojar el mismo resultado. En este mismo sentido, Lord Bingham, que redactó el voto mayoritario, afirmó que había alcanzado sus conclusiones “mediante la aplicación ortodoxa de los principios *common law* que se derivan de las autoridades y del enfoque nacional ortodoxo de la revisión judicial”¹⁰. Es más, ninguno de los jueces (ni siquiera Steyn) llevó a cabo el análisis estructurado en cuatro etapas que implica el test de proporcionalidad para fundamentar su decisión.

⁶ *Daly v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 2 WLR 1622.

⁷ *Ibid.*, [27].

⁸ *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] Q.B. 517, 554: “Cuanto más sustantiva sea la interferencia con los derechos humanos, más exigente será el tribunal respecto a la justificación antes de concluir que la decisión es razonable”.

⁹ *Daly*, supra nota 6, [28].

¹⁰ *Ibid.*, [23].

A mi juicio, el hecho de que los dos test arrojen resultados similares nos indica que la proporcionalidad no supone, en realidad, un análisis más exigente o intrusivo que la razonabilidad. Como ha señalado Kavanagh, ambos test suponen diferentes formas de preguntar la misma cuestión, es decir, si es justificable o no una determinada infracción de los derechos protegidos en el contexto de un caso concreto¹¹. Es cierto que, aplicado de la forma en que se hizo en el caso *Wednesbury*, el test de razonabilidad no es apropiado para la revisión judicial de las decisiones públicas que violan los derechos fundamentales. Pero de ahí no se sigue, como cree Lord Steyn, que una versión reforzada de dicho test siga siendo inherentemente menos intrusiva que el de proporcionalidad. Para tratar de demostrar esta afirmación es necesario recordar en qué consiste el test del ‘escrutinio severo’ enunciado en *Smith*.

En este caso, se revisaba la política del Ministerio de Defensa según la cual se excluía a los homosexuales de las fuerzas armadas. Lord Bingham, en nombre de la mayoría del Tribunal de Apelación, aceptó la forma en que el abogado de los recurrentes había establecido el test de ‘irracionalidad’. Según esta formulación, “el tribunal no puede interferir en un ejercicio de discrecionalidad administrativa sobre fundamentos sustantivos salvo allí donde el tribunal esté seguro de que la decisión es irrazonable en el sentido de que está más allá de la clase de respuestas accesibles a un agente decisor razonable”¹². Pero, a continuación, añadía:

al juzgar si el agente decisor ha excedido este margen de apreciación es importante tener en cuenta el contexto de los derechos humanos. Cuanto más sustancial sea la infracción de los derechos humanos, el tribunal exigirá más por vía de justificación antes de estar seguro de que la decisión es razonable en el sentido esbozado arriba¹³.

Es decir, cuando los derechos humanos están en juego, se intensifica la revisión judicial en el sentido de que se exige una mayor carga probatoria al decisor principal antes de que el tribunal pueda considerar cierto que la decisión fue razonable.

Sin embargo, a pesar de aceptar esta formulación abstracta de un test más intensivo de revisión judicial en el contexto de los derechos humanos, el Tribunal aplicó el test de un modo muy deferente, fallando a favor de la política del Ministerio. Es decir, decidió otorgar un grado sustancial de deferencia a la decisión impugnada, a pesar de que afectaba a los derechos humanos. Según Lord Bingham, este tipo de aplicación se seguía de otra fórmula

¹¹ Kavanagh (2009), 246.

¹² *Smith*, supra nota 8, 547.

¹³ *Ibid.*

abstracta que operaba en sentido contrario a la anterior: “cuanto mayor sea el contenido relativo a política pública de una decisión, el tribunal deberá mostrarse más reticente a afirmar su irracionalidad”¹⁴. Los recurrentes, ante esta forma de aplicar el test de razonabilidad, llevaron el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual no sólo hizo una revisión mucho más intensa de la justificación ofrecida por el Ministerio, sino que criticó al Tribunal de Apelación británico por situar el listón de la irracionalidad (o irrazonabilidad) demasiado alto, consiguiendo con ello excluir “en la práctica cualquier consideración por parte de los tribunales nacionales acerca de si la infracción de los derechos de los litigantes respondía a una necesidad social apremiante o si era proporcionada a los fines perseguidos de seguridad nacional u orden público”¹⁵.

Por tanto, el objeto de la crítica del Tribunal de Estrasburgo no fue que el tribunal británico hubiera aplicado el test de razonabilidad en un caso relativo a los derechos del Convenio, *sino el modo altamente deferente con que fue aplicado*. Como sugiere Kavanagh, “no hay razón por la que [el Tribunal de Apelación] no hubiera podido someter la política del Ministerio a una revisión más intensa dentro de la protección del test del ‘escrutinio severo’, especialmente después de haber enfatizado la necesidad de justificar cualquier limitación de los derechos humanos”¹⁶. Es decir, la razón que impidió al tribunal hacer una revisión más intensa no fue el tipo de test elegido, sino el grado de deferencia que consideró apropiado en el contexto del caso. En palabras de Mark Elliott:

Smith demuestra que la diferencia [entre los test de proporcionalidad y razonabilidad] es de grado, no de categoría. Tanto los tribunales nacionales como el Tribunal de Estrasburgo reconocieron la necesidad de realizar una ponderación entre los derechos fundamentales de los litigantes y los reclamos de la política pública en competencia; pero los tribunales nacionales y europeo otorgaron al ejecutivo zonas de discrecionalidad con diferentes grados de magnitud, lo cual, a su vez, refleja distintas concepciones de la competencia institucional relativa de las ramas judicial y ejecutiva dentro de la matriz factual concreta del caso *Smith*¹⁷.

En general, cabe concluir que la mayor o menor intensidad de la revisión judicial no depende tanto de la forma del test adoptado como de la disposición o habilidad de los tribunales para intervenir en las decisiones de las instituciones políticas¹⁸. En realidad, la

¹⁴ *Ibid.*, 556.

¹⁵ *Smith v. United Kingdom* [2000] 29 ECHR 383.

¹⁶ Kavanagh (2009), 251.

¹⁷ Elliott (2001b), 308.

¹⁸ *Ibid.*

razonabilidad es un estándar flexible, y cuando se aplica intensamente en el contexto de los derechos humanos, se aproxima mucho al tipo de revisión que exige el test de proporcionalidad para el mismo tipo de caso¹⁹. Al mismo tiempo, cabe hacer el razonamiento inverso: la proporcionalidad es un estándar flexible de revisión y, cuando se aplica con un alto grado de deferencia, el resultado se aproxima al tradicional test *Wednesbury*²⁰. En definitiva, la diferencia en los resultados no depende del tipo de análisis que se elija para la revisión, sino del grado de intensidad que se decida aplicar al escrutinio²¹.

La aplicación de un test de razonabilidad responde al mismo propósito que la aplicación de un test de proporcionalidad (esto es, reducir al mínimo las infracciones de los derechos fundamentales), por lo que no debería sorprendernos que los resultados sean similares. Como afirma Craig, refiriéndose en concreto a la revisión judicial de acciones administrativas:

[La coincidencia en los resultados de ambos test] no es sorprendente. El simple reconocimiento de que ciertos intereses deben tratarse como derechos importantes significa que cualquier invasión de los mismos ha de mantenerse en el nivel mínimo. La sociedad puede aceptar que estos derechos no se consideren absolutos y que puedan justificarse algunas limitaciones en algunas circunstancias. Sin embargo, se presupone que cualquier acción administrativa debería interferir en los derechos tan poco como sea posible, y no más de lo que merezca la ocasión. En este sentido, la aplicación de un escrutinio severo es una consecuencia lógicamente necesaria del respeto a los derechos fundamentales. Es, por tanto, natural en tales casos preguntar si la interferencia en el derecho fue lo menos limitativa posible en las circunstancias. Más aún, este ejercicio es facilitado por el hecho de que la denominación del interés como un derecho implica que hemos ponderado o dado importancia a ese interés, y por tanto no tenemos que examinar esta cuestión de nuevo en cada ocasión²².

De este texto creo que cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, cuando se constata la similitud en los resultados de ambos tipos de test se está presuponiendo una concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad, en la que las infracciones de los derechos se

¹⁹ Craig (1999), 97; Kavanagh (2009), 246.

²⁰ Elliot (2001a), 174.

²¹ La flexibilidad del test *Wednesbury*, así como la posibilidad de llegar con su aplicación a unos resultados semejantes a los del test de proporcionalidad, ha sido reconocido en varias sentencias recientes del Tribunal Supremo del Reino Unido. Así, Lord Mance afirma en *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [51] que “el *common law* ya no insiste en la aplicación uniforme del rígido test de irracionalidad que se suponía aplicable bajo el así llamado principio *Wednesbury* [...] La naturaleza de la revisión judicial depende en cada caso del contexto”.

²² Craig (1999), 97.

consideran siempre problemáticas. Se busca, por tanto, que las decisiones públicas interfieran en los derechos ‘tan poco como sea posible’ (test de necesidad) y ‘no más de lo que merezca la ocasión’ (test de los costes excesivos). En segundo lugar, en esta concepción de la proporcionalidad se entiende que los derechos son intereses de suma importancia que limitan (no absolutamente) la acción del Estado; en ningún caso se consideran valores sustantivos comparables a otros bienes de carácter social que el Estado tiene la obligación de promover.

Según Lord Steyn, sin embargo, el análisis de proporcionalidad difiere del de razonabilidad porque exige al tribunal enfrentarse directamente con la cuestión de la ponderación entre los beneficios y los costes de la decisión legislativa o acto administrativo, mientras que el estándar de razonabilidad se queda meramente en si la decisión del agente decisor principal cabe dentro del conjunto de decisiones racionales o razonables. En este mismo sentido, Rivers afirma, como vimos, que la concepción optimizadora de la proporcionalidad es preferible a la restrictiva porque separa la cuestión sustantiva de las cuestiones formales o institucionales²³. Detrás de esta separación parece estar la exigencia de que los jueces formen por sí mismos su decisión sobre la proporcionalidad de la medida adoptada, y no se limiten únicamente a juzgar sobre la razonabilidad del agente decisor principal al adoptar tal medida.

Sin embargo, este tipo de comparaciones suponen una dicotomía falsa. Como explica Kavanagh:

Para poder valorar la razonabilidad de una decisión, debemos necesariamente valorar la ponderación que ha realizado el agente decisor. Dado que las decisiones que han de ser revisadas consisten, en su mayor parte, en una ponderación entre intereses en conflicto, una valoración de su razonabilidad implica una evaluación de si la ponderación realizada por la decisión es razonable. Por tanto, ‘ponderar’ y ‘valorar la razonabilidad’ no son alternativas opuestas²⁴.

Dicho de otro modo, una decisión es razonable cuando se toma después de ponderar adecuadamente los diferentes factores que deben considerarse, por lo que es difícil ver cómo el tribunal puede valorar si la decisión pública fue razonable sin evaluar cómo fueron ponderados los diferentes intereses en juego. Esta ponderación sustantiva sólo es innecesaria si el tribunal se ciñe a evaluar la ponderación del decisor principal sobre la base de parámetros de coherencia y consistencia argumentativa. Como señala Hunt, la forma de

²³ Rivers (2006), 176-177.

²⁴ Kavanagh (2009), 247.

aplicar el test de razonabilidad en casos como *Bugdaycay*²⁵ y *Brind*²⁶, donde estaban en juego los derechos del Convenio (el derecho a la vida y a la libertad de expresión, respectivamente), suponía ya la introducción, incluso antes de la Ley de Derechos Humanos de 1998, del concepto de ‘justificación’, lo cual implicaba inevitablemente “el ejercicio de un juicio de ponderación por parte del tribunal revisor”²⁷. Es decir, una vez que los tribunales revisores aceptaron que su papel consistía en asegurar que la decisión estaba ‘justificada’, se abandonó la visión monolítica del test *Wednesbury* (articulada únicamente en términos de irrazonabilidad ‘manifiesta’), para asumir la necesidad de evaluar el razonamiento que respaldaba la decisión, lo cual implicaba inevitablemente un ejercicio de ponderación. Según Hunt, sólo hace falta reparar en el lenguaje de Lord Bridge en *Bugdaycay* y *Brind* para percatarse de que el concepto mismo de justificación implica un ejercicio de ponderación. La frase clave es que “sólo la concurrencia de un importante interés público será suficiente para justificar” la restricción, puesto que el tribunal revisor

no puede decidir de manera efectiva si es ‘importante’ el interés público particular sobre el que se basó un agente decisor sin tener una visión propia respecto a la importancia relativa de una clase de intereses públicos. Del mismo modo, para valorar si el interés público es ‘suficiente’ para justificar la infracción, el tribunal tiene necesariamente que formar su opinión respecto a la importancia relativa del derecho violado, así como sobre la gravedad de la infracción cometida²⁸.

Pero el hecho de que los tribunales deban evaluar por sí mismos la proporcionalidad de la medida adoptada no implica que estén en condiciones de ignorar o minusvalorar la importancia de la decisión principal en la formación de su propio juicio. “Una valoración independiente de la proporcionalidad no elimina la deferencia [...] Su deber de deferencia hacia el agente decisor principal constriñe su capacidad y disposición para interferir en la decisión principal”²⁹. Desde el punto de vista del constitucionalismo colaborativo, la proporcionalidad como cuestión sustantiva independiente de la deferencia supone un

²⁵ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay* [1987] AC 514.

²⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

²⁷ Hunt (1997), 217.

²⁸ *Ibíd.* Recientemente, Lord Reed en *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, [114] cita los casos *Bugdaycay* y *Brind* para afirmar que “la revisión de razonabilidad, como la de proporcionalidad, implica consideraciones de peso y ponderación, siendo el contexto el que determina la intensidad del escrutinio, así como el peso que debe darse a la visión del agente decisor principal [...] El enfoque riguroso [que requieren los contextos donde están en juego derechos fundamentales] implica elementos que tienen su equivalente en una evaluación de proporcionalidad, tales como que una interferencia con un derecho fundamental debe justificarse por la persecución de un interés público importante, y que debe haber una revisión que juzgue la evaluación de los hechos por parte del agente decisor principal”.

²⁹ Hunt (1997), 217.

estándar de corrección que los jueces, en su función de decisores secundarios, sólo deberían aplicar excepcionalmente. De ahí que, del mismo modo que pensamos en *Wednesbury* en términos negativos, “se concibe mejor el test de proporcionalidad como un estándar que un agente decisor puede violar, en lugar de un *ideal* al que el agente debe aspirar”³⁰. Igual que hablamos de un principio de irracionalidad o irrazonabilidad, deberíamos hablar de *un test de desproporcionalidad*.

Lo esencial, como señaló Lord Steyn, es no confundir la proporcionalidad con una completa “revisión de los méritos”³¹. Con ello, el juez quiso preservar el fundamento mismo de la revisión judicial: la idea que de que los jueces no tienen la responsabilidad principal en la realización óptima de los valores constitucionales, sino únicamente la responsabilidad secundaria de que los poderes públicos actúen de acuerdo con los requerimientos de la legalidad. Aunque sea el deber de los jueces decidir por sí mismos si las decisiones y actos públicos son compatibles con los derechos protegidos, “su papel es secundario en el sentido de que no sustituyen con su decisión a la del decisor principal, ni intentan adoptar una *ex novo*”³². En mi opinión, la jurisprudencia canadiense ha sabido reconocer este hecho empleando la proporcionalidad como un test destinado a determinar la razonabilidad de las decisiones públicas. Lo cual implicó el desarrollo de una doctrina de la deferencia debida a la que se suele denominar ‘deferencia como respeto’. Volveremos sobre este punto en el próximo capítulo.

Con todo, creo que es importante terminar este apartado poniendo de manifiesto las ventajas que ha supuesto la aplicación de la proporcionalidad en la revisión de constitucionalidad. En primer lugar, es evidente que el test de proporcionalidad ofrece a los tribunales un instrumento de análisis mucho más estructurado y sistemático que el test de razonabilidad aplicado por sí mismo. Aunque el requerimiento de razonabilidad contiene un juicio de ponderación, lo cierto es que no ofrece ninguna estructura que permita distinguir los distintos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la legalidad de las decisiones públicas.

En segundo lugar, aunque los test de *Wednesbury* y *Smith* no sean intrínsecamente más deferentes que el test de proporcionalidad, sí es cierto que se solían aplicar con un grado muy alto de deferencia. Por lo tanto, lo relevante de la proporcionalidad no es tanto la introducción de un nuevo ‘test’ o ‘estándar’ de revisión judicial, sino la adopción de “un

³⁰ Kavanagh (2009), 241 (énfasis en el original).

³¹ Daly, *supra* nota 6, [28].

³² Kavanagh (2009), 252.

nuevo tipo de *enfoque* de la labor judicial que somete la justificación de las decisiones a un riguroso escrutinio en orden a determinar su legalidad”³³. La principal ventaja de la proporcionalidad es que se asocia con un tipo de revisión más intrusivo, menos deferente. Se trata de una ventaja en términos de cultura constitucional:

Así, incluso aunque no exista una diferencia conceptual entre el escrutinio riguroso y la proporcionalidad, la extendida percepción de que son diferentes es suficiente para introducir un cambio en la cultura judicial, que la hace más abierta al escrutinio intenso de las decisiones tomadas por las ramas electas. No hay duda de que la deferencia automática o completa no es apropiada en el contexto de los derechos humanos³⁴.

Por último, la metodología de la proporcionalidad establece claramente que la responsabilidad de justificar las interferencias de los derechos fundamentales corresponde a los autores de las decisiones que las provocan (las autoridades públicas o, en caso de disposiciones legislativas, el Estado). Este es una ventaja importante para una cultura de la justificación, puesto que en la *judicial review* tradicional lo frecuente era no exigir razones³⁵.

b) Una revisión centrada en el proceso

Como he tratado de demostrar en el apartado anterior, la mejor manera de responder a la advertencia de Lord Steyn en *Daly* (la proporcionalidad no debe suponer una completa “revisión de los méritos”) es considerar el test de proporcionalidad como un requerimiento de razonabilidad. En este apartado intentaré mostrar que esta forma de entender la proporcionalidad implica una ‘revisión centrada en el proceso’.

Escuetamente enunciado, el argumento sería el siguiente³⁶. En una cultura de la justificación, las autoridades públicas deben justificar sus decisiones mediante razones, y el papel de los tribunales es someter esas razones a un cuidadoso escrutinio para determinar si efectivamente logran justificar las decisiones impugnadas a la luz de los compromisos morales últimos de la sociedad. Por ello, en este tipo de cultura jurídica la revisión judicial de constitucionalidad tenderá a adoptar un enfoque procesal, en el que el juez revisor está más interesado en el proceso que condujo a la autoridad pública a tomar su decisión (es decir, si dicha autoridad tuvo en cuenta todas las consideraciones importantes presentes en el

³³ Hunt (2003), 342.

³⁴ Kavanagh (2009), 254.

³⁵ Taggart (2008), 428.

³⁶ Trato de resumir aquí las principales razones que pueden encontrarse en Hickman (2010), cap. 8; Beatson et al. (2008), 234-238 y 560; Dyzenhaus (2014); y Mead (2012).

caso) que en el contenido o sustancia de la decisión misma (es decir, el resultado de esa ponderación). La cuestión clave de la revisión es, por tanto, si las razones aportadas por la autoridad pública respaldan la decisión, y en ningún caso si dicha decisión es la que los tribunales hubieran adoptado como agentes decisores principales³⁷.

En términos de Dyzenhaus, lo importante para este modelo de revisión judicial es la *revisión de la justificación* (es decir, de las razones que ofreció el legislador o de las que aporta en el juicio el gobierno para mostrar que la decisión es ‘justificable’ o ‘defendible’), en lugar de la revisión de la decisión misma (es decir, de si puede considerarse una decisión ‘justificada’ de acuerdo con la estimación de los hechos e intereses relevantes por parte del tribunal revisor).

Cuando un juez pregunta si la decisión del agente decisor está justificada, normalmente pregunta si la decisión coincide con la decisión que el juez mismo hubiera adoptado. En este caso las razones del agente decisor difícilmente importan dado que la cuestión es la coincidencia del contenido en lugar de la relación entre las razones y el contenido. Pero cuando el juez pregunta si la decisión es justificable, está indagando si el agente decisor ha mostrado que tal decisión es defendible, teniendo en cuenta todas las consideraciones importantes. Y esto, por supuesto, hace que sean muy relevantes las razones para la decisión³⁸.

Esta forma de entender la revisión judicial ha producido una gran controversia, tanto dentro de la jurisprudencia como entre los autores. Según sus críticos, la revisión de constitucionalidad de las leyes o actos ejecutivos exige a los jueces únicamente juzgar si la decisión fue proporcionada, por lo que éstos deben hacer ‘una revisión centrada en los

³⁷ Esta forma de revisión también está emergiendo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Popelier (2013), y del Tribunal Europeo de Justicia, véase Keyaerts (2013), en especial a partir de la aparición desde el año 2000 de los programas de Mejor Regulación (*Better Regulation programs*) auspiciados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Unión Europea y algunos países europeos. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal lo ha usado en alguna sentencia relevante como *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175), en donde el tribunal no entró en la discusión sobre los derechos sociales (en concreto, sobre el nivel mínimo de subsistencia) y se limitó a hacer una revisión procesal (examinando si el método elegido por el legislador era fundamentalmente adecuado para calcular dicho mínimo y si había estimado completa y correctamente los hechos necesarios). Una vez que el tribunal entendió que el cálculo no había sido realizado adecuadamente por el legislador, lo remitió de nuevo a éste para su enmienda. Lo importante para nuestro estudio es que la revisión procesal no es únicamente un control de la correcta tramitación de una ley. Como señala un autor, al hilo de la mencionada sentencia del alto tribunal alemán, “este tipo de revisión va más allá de las disposiciones formales de la Constitución [...] extendiendo el control a los criterios de toma racional de decisiones. El Tribunal no sólo comprueba que el proceso de producción de leyes es correcto desde el punto de vista formal y legal, sino que verifica su valor intrínseco, basándose en la valoración de datos empíricos (que deben ser correctos y más o menos comprensivos), la estimación del impacto (prognosis), y la evaluación y peso de los intereses implicados en la legislación”, Meßerschmidt (2013), 238.

³⁸ Dyzenhaus (1998a), 27-28.

resultados³⁹, dejando en un segundo plano el proceso por el que el decisor principal ponderó en su momento, o puede llegar a ponderar ante el tribunal, la proporcionalidad de su decisión.

En la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, la revisión de base procesal se ha rechazado en varias ocasiones. En tres decisiones importantes —*R. (on the application of Begum) v Governors of Denbigh High School*⁴⁰, *Belfast City Council v Miss Behavin' Ltd*⁴¹ y *R. (on the application of Nasser) v Secretary of State for the Home Department*⁴² — la Cámara ha establecido que el enfoque adecuado bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998 no es el que se aplica en la *judicial review* ordinaria, sino que el tribunal debe decidir por sí mismo, sobre la base de los materiales que tiene delante, si una interferencia con los derechos del Convenio es o no proporcional. Si efectivamente lo es, los defectos en el razonamiento y el proceso de toma de decisiones realizado por la autoridad pública no afectan a dicha conclusión. A esta postura se la suele denominar como “el resultado lo es todo”⁴³.

En los tres casos, los tribunales inferiores interpretaron la sección 6 de la Ley de 1998 (que declara “ilícito para una autoridad pública actuar de modo que sea incompatible con un derecho del Convenio”) en el sentido de que la autoridad pública no sólo debía actuar de modo compatible con los derechos protegidos, sino que debía considerar el impacto o el efecto de sus decisiones sobre dichos derechos, ponderando si existían otras medidas menos gravosas capaces de alcanzar el mismo resultado. Si este requisito no quedaba satisfecho, la decisión debía considerarse defectuosa por violación de la sección 6 y, en consecuencia, podía ser anulada, incluso aunque en términos sustantivos la decisión fuera proporcionada y se pudiera presentar como una restricción justificable y legítima de los derechos protegidos. Éste es el enfoque de base procesal que, en mi opinión, resulta más acorde con un constitucionalismo colaborativo, y es el que rechazó la Cámara de los Lores. Según el alto tribunal, una autoridad pública sólo dejará de satisfacer su deber bajo la sección 6 si su decisión, juzgada por sus propios méritos, es considerada por un tribunal como desproporcionada. Posteriormente, en *Daly y Huang*, la Cámara insistió en la misma idea: para el tribunal revisor es irrelevante el proceso de razonamiento por el que el decisor principal (la autoridad pública) tomó su decisión, puesto que en el ámbito de los derechos

³⁹ Véase, entre otros, Poole (2005) y (2007); Davies (2005) y Rivers (2014).

⁴⁰ [2006] UKHL 15 (en adelante, *Denbigh*).

⁴¹ [2007] UKHL 19.

⁴² [2009] UKHL 23.

⁴³ Mead (2012), 62.

fundamentales lo único que importa es la corrección de la decisión sustantiva. Como señala Tom Hickman, según este enfoque:

Incluso donde un agente decisor decide un caso mediante un proceso irracional de razonamiento o incluso sin ningún tipo de ponderación, la decisión será compatible con los derechos del Convenio y consistente con las responsabilidades del agente decisor [...] en tanto que el resultado sea compatible con los derechos del Convenio⁴⁴.

Sin embargo, añade el autor, el enfoque basado en los resultados “no ha llegado a tener mucha aceptación y produce tantos problemas que cabe dudar que la fuerza del principio establecido por la Cámara pueda sostenerse a largo plazo”. Mi interés aquí es tratar de defender el enfoque procesal. Para ello, me centraré en la discusión de las razones por las que el más alto tribunal británico rechazó la decisión del Tribunal de Apelación en el caso *Denbigh*. Dicha decisión, escrita por el juez Brooke y respaldada unánimemente por el Tribunal de Apelación, nos puede ayudar a entender el enfoque procesal de la revisión judicial: el agente decisor principal no tiene que imitar o reproducir el análisis de proporcionalidad de los tribunales supervisores, sino intentar ofrecer una justificación que satisfaga la lógica de la proporcionalidad en orden a ganarse la deferencia del tribunal. Y no sólo eso. El enfoque procesal del Tribunal de Apelación conecta el proceso y la sustancia de un modo que nos permite entender por qué la mayoría de los Lores erraron al concluir que no había ninguna limitación efectiva de los derechos protegidos.

Shabina Begum era una estudiante musulmana de casi 14 años, que iba al instituto público Denbigh, en Luton, donde la inmensa mayoría de los estudiantes (y muchos de los profesores y personal no docente) eran musulmanes. De acuerdo con las reglas de uniforme del instituto, Begum había vestido un *shalwar kameez* (pantalón suelto y camisa larga que llega hasta la mitad del muslo) durante dos años. Pero en los primeros días de colegio del 2002, anunció al jefe de estudios que deseaba comenzar a vestir un *jilbab* (prenda de cuerpo entero, de manga larga que va desde el cuello hasta el tobillo), lo cual no se ajustaba a las reglas del centro. Begum entraba entonces en la pubertad, y afirmaba que el requisito de su religión de vestir recatadamente implicaba tener que llevar un *jilbab*.

El colegio trató de convencerla de que cambiara de opinión o de que considerase el traslado a otro colegio que la permitiera llevar esa prenda. También consultó varias autoridades islámicas y comprobó que sus reglas de uniforme no contravenían los requisitos de vestir modestamente. En 2003, la dirección del centro (en parte compuesta por personas

⁴⁴ Hickman (2010), 228.

nombradas por la autoridad educativa local, y en su mayoría musulmanes) decidió respaldar la política de vestimenta del colegio, urgiendo a Begum a volver sin el *jilbab* o buscar plaza en otro colegio.

Ella solicitó la revisión judicial de dicha decisión, si bien comenzó a ir a otro centro que le permitía vestir conforme a sus convicciones religiosas. El recurso de Begum se basaba principalmente en que el colegio había violado injustificadamente su derecho a la libertad de expresión de su religión, recogida en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el Tribunal de Apelación, el juez Brooke determinó que la libertad de Begum a manifestar su religión había sido limitada y que dicha limitación no estaba justificada⁴⁵. En el momento de la apelación, la única justificación aportada por el colegio era la de proteger los derechos y libertades de los demás estudiantes. Las reglas de vestir en el colegio pretendían fomentar la diversidad y la cooperación, reduciendo las divisiones visibles entre estudiantes basadas en la religión o la raza. El Tribunal de Apelación sentenció en contra del colegio, no porque la prohibición fuera desproporcionada, sino porque su proceso de toma de decisiones fue defectuoso.

Según el juez Brooke, la deliberación del colegio tenía que haber tenido la estructura siguiente: 1) ¿Ha establecido el recurrente tener un derecho fundamental que lo cualifica para la protección del artículo 9(1) del Convenio?; 2) ¿ha sido violado este derecho teniendo en cuenta las justificaciones enunciadas en el artículo 9(2)?; 3) ¿estaba dicha infracción ‘prescrita por ley’, tal y como se entiende esta expresión en el Convenio?; 4) ¿tenía la infracción un fin legítimo?; 5) ¿cuáles son las consideraciones que deben ponderarse para determinar si la infracción fue necesaria en una sociedad democrática para el propósito de alcanzar ese fin?; 6) ¿estuvo justificada la infracción conforme al artículo 9(2)?⁴⁶.

Por el contrario, según el juez, el colegio no enfocó el asunto de este modo en absoluto.

Nadie consideró la cuestión a partir de la premisa de que la reclamante tenía un derecho reconocido por el derecho británico, y que recaía en el colegio la carga de justificar la limitación de ese derecho. Por el contrario, se partió de la premisa de que las reglas de uniforme estaban ahí para cumplirse: si a la reclamante no le gustaban, podía irse a otro colegio distinto⁴⁷.

⁴⁵ *R. (on the application of Begum) v Denbigh High School Governors* [2005] EWCA Civ. 199, [78].

⁴⁶ *Ibid.*, [75].

⁴⁷ *Ibid.*, [76].

El colegio, por tanto, enfocó el asunto en una “dirección enteramente incorrecta”, y “no atribuyó a las creencias de la reclamante el peso que merecían”, por lo que el tribunal decidió que la reclamante había sido ilícitamente excluida del colegio, por cuanto que se le había negado su derecho a manifestar su religión, así como el acceso a una educación apropiada⁴⁸. No obstante, el tribunal añadió que no habría sido difícil para el colegio justificar su posición. Para ello, tendría que haber considerado, entre otros factores, si era apropiado ignorar las creencias de los musulmanes más estrictos mientras se permitía a los musulmanes liberales elegir su forma de vestir, y si el colegio podía hacer algo más para reconciliar su reglamento de uniforme con las creencias de aquellas personas como la demandante⁴⁹.

En la Cámara de los Lores se anuló dicha sentencia, puesto que la mayoría entendió que no se había producido ninguna limitación a la libertad religiosa de Begum. Para la mayoría, la cuestión que debía resolver la Cámara no era si el colegio había seguido el proceso prescrito por el Tribunal de Apelación al tomar la decisión, sino si la decisión del centro violó de manera objetiva el derecho protegido por el artículo 9 del Convenio. Según Lord Bingham, el enfoque del Tribunal de Apelación era incorrecto por tres razones⁵⁰. En primer lugar, porque dicho enfoque no era consistente con la jurisprudencia de Estrasburgo, según la cual lo relevante no es si una decisión o acción impugnada ha sido el producto de un proceso defectuoso de deliberación, sino si en el caso en cuestión los derechos del Convenio del demandante han sido violados.

En segundo lugar, según Bingham, la revisión de proporcionalidad difería de la tradicional *judicial review* porque implicaba una mayor intensidad de revisión (una confrontación objetiva de las cuestiones de fondo). Por muy difícil que esto fuera, los tribunales no podían “replegarse en el procedimiento” para evitar las dificultades. “La acción del colegio no puede condenarse como desproporcionada, cuando se reconoce que tras reconsideración podría mantenerse apropiadamente la misma acción”⁵¹.

En tercer lugar, Lord Bingham señaló que el enfoque del Tribunal de Apelación podía servir como “una excelente orientación para tribunales inferiores u órganos administrativos”, pero no podía exigirse a un colegio. De lo contrario, se estaría introduciendo “un nuevo formalismo” que implicaría “una receta para la judicialización en

⁴⁸ Ibid., [78].

⁴⁹ Ibid., [81].

⁵⁰ *Denbigh*, supra nota 40, [29]-[31].

⁵¹ Ibid., [30]

una escala sin precedentes”⁵². Lo que importaba en cualquier caso era el resultado práctico, no la calidad del proceso que condujo a la decisión. En este caso, el colegio había tenido cuidado en diseñar su reglamento de uniforme de un modo sensible a las circunstancias del centro, tratando de lograr un ambiente de armonía en un contexto enormemente multicultural. Aunque la dirección estuvo en un principio dispuesta a reconsiderar dicho reglamento, finalmente no lo hizo por temor a las posibles “repercusiones adversas significativas” que se hubieran podido derivar de ese cambio. Por lo tanto, concluyó la Cámara, sería “irresponsable” por parte de un tribunal, carente de la experiencia y el conocimiento del jefe de estudios y la directiva, interferir y anular la decisión de éstos. El poder de decidir les corresponde a ellos “por la fundada razón de que están mejor situados para ejercerlo”⁵³.

Sin embargo, los tres argumentos de Lord Bingham son susceptibles de réplica. En cuanto al primero de ellos, diversos autores han puesto de relieve que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no es tan clara a este respecto como sugiere el juez⁵⁴. Según Beatson y los demás autores de *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom* (un texto de referencia para los operadores jurídicos del Reino Unido), existen suficientes evidencias de que el enfoque procesal no es ni mucho menos ajeno a la jurisprudencia del tribunal europeo. Así, forma parte de dicha jurisprudencia que, al evaluar si las justificaciones ofrecidas para una determinada infracción de un derecho del Convenio son proporcionadas al fin legítimo perseguido, el tribunal debe investigar si las autoridades nacionales “aplicaron los estándares que se adecuaban a los principios incorporados en el Convenio” y “se basaron en una valoración adecuada de los hechos relevantes”⁵⁵. Si las autoridades nacionales no aplican los estándares relevantes, o no hacen la valoración oportuna, se considerará que no han sido capaces de justificar la restricción, puesto que no habrán podido demostrar la realización de una ponderación apropiada entre los derechos del Convenio y los intereses de la comunidad en general⁵⁶. En tal caso, lo usual es que el

⁵² *Ibid.*, [31].

⁵³ *Ibid.*, [34].

⁵⁴ Beatson et al. (2008); Hickman (2010), 243-244; y Mead (2012), 69-71.

⁵⁵ Beatson et al. (2008), 237. Los autores citan, entre otros muchos ejemplos, *Steel and Morris v United Kingdom* [2005] ECHR 103, [87].

⁵⁶ Así, los autores mencionan *Hirst v. United Kingdom (No. 2)* (2005) ECHR 681, donde el Tribunal europeo afirmó que una prohibición absoluta a todos los reclusos del ejercicio del derecho al voto en las elecciones generales caía fuera del ‘margen de apreciación’ de los Estados, principalmente porque no había evidencia de que el Parlamento o los tribunales británicos hubieran tratado de evaluar su proporcionalidad. Y *Dickson v. United Kingdom* [2007] ECHR 1050, donde el Tribunal dio mucha importancia al hecho de que la política sobre inseminación artificial de los reclusos “excluía efectivamente cualquier ponderación real de los intereses

Tribunal europeo remita la cuestión al Estado miembro para que éste aplique correctamente el Convenio y realice la necesaria ponderación.

En cuanto al segundo argumento (el análisis de proporcionalidad debe ir más allá del estándar tradicional en la *judicial review*), ya traté de mostrar en el apartado anterior que la proporcionalidad no es intrínsecamente un estándar de revisión más intensivo que el de razonabilidad, lo cual permite tratar ambos análisis como complementarios. Además, los tribunales están en general mejor situados para valorar las cuestiones procesales (es decir, si la autoridad pública se ha planteado las cuestiones correctas, ha tenido en cuenta los factores relevantes y ha dado un peso apropiado a tales factores) que para cuestionar *a posteriori* al agente decisor original sobre conclusiones sustantivas⁵⁷. Según este enfoque, si el tribunal comprueba que este proceso no se ha llevado a efecto, entonces la decisión puede ser anulada. Creo que hay buenas razones para defender este enfoque como la mejor aproximación a la protección de derechos en un esquema institucional colaborativo. Dejaré para el final de este apartado la enunciación de tales razones.

Por último, respecto a la tercera razón de Lord Bingham (una revisión basada en el procedimiento de toma de decisiones implicaría un “nuevo formalismo”), es cierto que sería absurdo pedir a la dirección de un colegio u otro cuerpo administrativo un juicio de proporcionalidad equivalente al juicio de un tribunal de apelación cada vez que ha de decidir una cuestión que afecta a los derechos humanos. Sin embargo, también es cierto que si todo lo que le ha de importar al tribunal revisor fuera el resultado al que llegó el decisor principal, entonces sería completamente irrelevante el modo en que dicho agente enfocó el problema. Pero ésta no es la conclusión que quiere obtener Lord Bingham. Como él mismo reconoce, “la forma en que el colegio plateó el problema puede ayudar a persuadir al tribunal de que su respuesta cae dentro del área de los juicios que la ley le permite hacer”⁵⁸.

Y es que, cuando el decisor principal no ha realizado ninguna ponderación de los efectos de su decisión, el tribunal revisor se encuentra en “una posición especialmente difícil”⁵⁹. Si todo lo que el tribunal tiene delante es el resultado, no tendrá base suficiente para hacer una revisión de justificación, dado que ésta depende del análisis de las razones aportadas para justificar la limitación de un derecho. Así, por ejemplo, si el agente decisor no ha considerado si había una alternativa menos intrusiva que la que adoptó, el tribunal

en conflicto de los individuos y la sociedad, e impedía la requerida evaluación de la proporcionalidad de una restricción en cualquier caso individual”, [82].

⁵⁷ Beatson et al. (2008), 235.

⁵⁸ *Denbigh*, supra nota 40, [68].

⁵⁹ Beatson et al. (2008), 236.

probablemente no podrá estar seguro acerca de la proporcionalidad de la medida, por lo que su respuesta más adecuada será remitir la cuestión de nuevo al agente decisor principal para su reconsideración. Por tanto, como señala Dyzenhaus, tiene que haber “algún término medio entre, por un lado, el simple anuncio de una decisión sin el apoyo de razones que la justifiquen y, por otro, una decisión respaldada por un tipo de análisis de proporcionalidad que se ajusta a los criterios formales enunciados por el juez Brooke”⁶⁰. Si el agente decisor ocupa ese terreno intermedio, luego estará equipado para defender su decisión en una eventual revisión judicial, y los jueces deberán concluir que lo más adecuado para ellos es deferir a ese agente.

En una cultura de la justificación, el ente público tiene la responsabilidad de justificar la limitación que desea imponer sobre un derecho legalmente protegido, mostrando que, en las circunstancias, ha adoptado unos medios proporcionados. Tal razonamiento puede seguir la lógica de la ponderación sin ser legalista en el modo ‘judicializante’ que cuestiona la Cámara de los Loes. Sólo el agente decisor principal tiene un conocimiento de primera mano del contexto y de los actores implicados, por lo que en principio debería ser perfectamente capaz de realizar una evaluación inicial de los hechos. Ahora bien, este tipo de razonamiento es procesal “en un sentido en que no se distingue entre proceso y sustancia”⁶¹. Una revisión basada en el proceso presupone que la razón de exigir un mejor proceso de justificación reside en que una justificación apropiada produce un mejor resultado. Aunque el tribunal revisor se centre en el procedimiento, no puede evitar juzgar la sustancia, puesto que la cuestión es siempre si las razones aportadas por el decisor principal justifican de hecho el resultado. Y esto exige juzgar la ponderación que hizo dicho agente de los hechos e intereses relevantes.

No se trata de que el tribunal revisor deba investigar si la decisión fue correcta. Todo lo que tiene que hacer es valorar si la decisión fue razonable. Para llegar a esta conclusión, el agente decisor tiene que mostrar que enfocó el asunto del modo correcto. Es este modo de supervisión el que conecta el proceso y la sustancia, puesto que tiene un efecto significativo no sólo en cómo se enfocan los hechos, sino también en cómo se califican⁶².

La razón última por la que el estándar de razonabilidad conecta el proceso y la sustancia reside en que no exige únicamente que la autoridad pública justifique la limitación del derecho, sino también que dicha justificación se haga considerando a los individuos

⁶⁰ Dyzenhaus (2014), 249.

⁶¹ *Ibid.*, 251.

⁶² *Ibid.*, 251.

como portadores de derechos fundamentales, es decir, bajo el principio fundamental de la igualdad de consideración. Como ha puesto de relieve Ferreres, el criterio de razonabilidad se sigue del principio de igualdad que preside cualquier deliberación imparcial. La función última de dicho principio “es asegurar que las decisiones colectivas, que inevitablemente van a beneficiar a unos en detrimento de otros, *respondan a un previo juicio en el que se han ponderado con igual consideración los intereses de todas las personas*”⁶³. El principio de igualdad impone una exigencia fundamental a las leyes y actos administrativos que establecen un trato distinto para supuestos que, en principio, deberían tratarse de modo igual: que dicha desigualdad sea ‘razonable’. Esta exigencia de razonabilidad de las decisiones públicas se concreta en los tres tipos de juicios que constituyen el análisis de proporcionalidad (legitimidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto). Si una decisión pública no satisface este criterio de razonabilidad, entonces cabe concluir que la autoridad que la adoptó “no ha contemplado con igual consideración los intereses de todas las personas afectadas”⁶⁴.

En *Denbigh*, la conexión del proceso y la sustancia puede apreciarse, por ejemplo, en la afirmación de la Baronesa Hale en su voto particular. Según Hale, la proporcionalidad de la decisión del colegio quedaba demostrada por “el hecho de que las niñas han expresado subsecuentemente su preocupación de que, si se hubiese permitido el *jilbab*, hubieran sido presionadas para llevarlo”⁶⁵. La decisión estuvo justificada, según este argumento, porque consideró por igual el interés de todas las partes implicadas. Sin embargo, el argumento se vuelve en contra del enfoque de la Cámara, es decir, contra la idea de centrar su revisión únicamente en el resultado⁶⁶. Si la mencionada preocupación se manifestó después de que el colegio hubiera decidido mantener su reglamento de uniforme, el tribunal no pudo saber cómo figuró dicha preocupación en el razonamiento del colegio para tomar su decisión. Además, este argumento sobre la presión intimidatoria de permitir el uso del *jilbab* exigía alguna investigación sobre si vestir el *shalwar kameez* producía también ese efecto sobre las niñas que deseaban vestir un uniforme completamente laico. Si se hubiese revelado que tal presión existía, el colegio tendría que haber explicado por qué el *jilbab* empeoraba las cosas, dada la experiencia de otros colegios de la zona. Para ello, hubiera bastado con mostrar que la autorización del uso del *jilbab* produciría la intimidación de otras chicas, de modo que el derecho de Begum a la libertad religiosa debía quedar recortado por la amenaza a la libertad

⁶³ Ferreres (2011), 243 (énfasis añadido).

⁶⁴ *Ibíd.*, 244.

⁶⁵ *Denbigh*, supra nota 40, [98].

⁶⁶ Dyzenhaus (2014), 251-252.

de otros. Es más, en este mismo sentido, el colegio tendría que haber tenido en cuenta no sólo el coste para Begum de no poder ejercer su libertad religiosa, sino también el coste que podía suponer su expulsión para el clima general de tolerancia y respeto en el centro.

Además de este tipo de consideraciones, es evidente que el enfoque que adoptaron el colegio y la Cámara de los Lores respecto a la posible infracción de la libertad religiosa, estuvo determinado por el modo en que ambos concibieron de entrada ese derecho —es decir, que el proceso de toma de decisiones viene en parte determinado por consideraciones sustantivas. Aunque el enfoque del colegio no exigía a Begum una renuncia completa a uno de sus derechos fundamentales, sí que implicaba la eliminación en la práctica de las oportunidades para ejercerlo⁶⁷. Según este enfoque, si Begum no estaba conforme con las reglas del colegio, siempre podía cambiar de centro, por lo que no había riesgo de provocar una violación de un derecho fundamental. Sin embargo, este planteamiento conducía a Begum a una difícil elección: o renunciaba a la nueva dirección que había elegido dar a su fe, o renunciaba al colegio en el que había estudiado dos años y en el que deseaba permanecer. Como señaló el juez Brooke, el defecto de este enfoque es que “nadie consideró la cuestión a partir de la premisa de que la impugnante tenía un derecho reconocido en el Derecho británico”, y que el Colegio tenía la carga de justificar la interferencia que producía su política de uniforme en ese derecho⁶⁸.

A partir de todo lo dicho en contra del enfoque de Lord Bingham en *Denbigh*, cabe enunciar tres razones para preferir la revisión procesal por encima de la revisión basada en los resultados. En primer lugar, la revisión procesal está diseñada para promover la implicación de los poderes públicos en la realización de los derechos fundamentales⁶⁹.

⁶⁷ *Ibíd.*, 253.

⁶⁸ Como un argumento adicional, cabe aducir la extraordinaria ‘procedimentación’ de los deberes positivos de igualdad en el Reino Unido. Como señala Julian Rivers (2012), 398-399, el denominado ‘deber de igualdad del sector público’ (*public sector equality duty*, creado por la *Equality Act* 2011) no consiste en un deber de promover la igualdad en general, sino de “otorgar la debida consideración a la necesidad de eliminar la discriminación ilícita”. De este modo, en las peticiones de revisión judicial basadas en este deber de igualdad, los jueces se centran en el proceso de toma de decisiones del decisor principal. Así, por ejemplo, en claro contraste con *Begum*, donde la reclamante basó su derecho a vestir el *jilbab* en la libertad religiosa, Rivers cita el caso *R (Watkins-Singh) v. Aberdare Girls’ High School Governors* [2008] EWHC 1865, donde la demandante presentó su derecho a vestir el brazalete metálico de los Sijs como un reclamo de igualdad. En este caso, la reclamante no sólo ganó el caso, sino que el tribunal sostuvo que las autoridades del colegio violaron su deber positivo de promover la igualdad racial al no tener en cuenta el impacto de su política de uniforme sobre el grupo religioso de los Sijs.

⁶⁹ Con la revisión procesal “se espera que los tribunales promuevan el diálogo entre los agentes gubernamentales, así como entre los ciudadanos y el gobierno, al tiempo que respeten los procesos democráticos y la separación de poderes y se abstengan de actuar como sustitutos de la voluntad política”, Popelier y Patiño Álvarez (2013), 202. “Al invalidar una ley [o declarar su incompatibilidad] por razones procesales [la revisión procesal] se percibe como un modelo que permite un diálogo entre los tribunales y los legislativos; y al alentar a los legislativos para que presten una mayor atención a los derechos fundamentales y a otros valores constitucionales y para que sigan un proceso legislativo más deliberativo, se percibe como un

Cuando los tribunales insisten en que las decisiones han de tomarse del modo correcto, contribuyen a mejorar el nivel de la toma de decisiones de las autoridades públicas, “introduciendo más firmemente la cultura de los derechos humanos en el proceso público de toma de decisiones”⁷⁰. Esta idea tiende a provocar una gran oposición porque supone despojar a los jueces del monopolio de las respuestas correctas cuanto las cuestiones tratan sobre derechos fundamentales. Sin embargo, un constitucionalismo colaborativo promueve que todos los poderes del Estado participen como socios en el proceso de articulación de tales derechos (es decir, en la determinación de cómo deben interpretarse y aplicarse). Por eso, aunque se sostenga que ‘el resultado lo es todo’, nadie puede dudar que los jueces deben tomar en serio las razones que el resto de las autoridades públicas ofrecen para respaldar sus decisiones. La propia Cámara de los Lores, a pesar de rechazar que su misión fuera evaluar el proceso de toma de decisiones del agente decisor principal, no deja de reconocer (a pesar de la evidente contradicción) que cuanto más cuidadosamente ha sido razonada una decisión, y más cuidadosamente han sido contrapesados los intereses en competencia, mayor ha de ser el peso que ha de otorgarse a la valoración del agente decisor; y, a la inversa, que cuanto más defectuoso sea dicho razonamiento, menor deferencia deberá otorgarse a favor del decisor principal⁷¹.

En segundo lugar, el enfoque procesal es preferible al enfoque sustantivo en todos aquellos casos en que existe un desacuerdo razonable sobre el alcance y/o extensión de los derechos, y los tribunales se reconocen peor preparados que el agente decisor principal para adoptar la decisión correcta. Como señalan Beatson *et al.*, un individuo afectado por una decisión pública tiene derecho a que se vuelva a tomar esa decisión sobre una base adecuada por parte de la autoridad pública que tiene la responsabilidad de hacerlo, “siempre que exista la posibilidad de obtener un resultado diferente” mediante una reconsideración que tenga en cuenta apropiadamente sus derechos constitucionales⁷². Los tribunales son competentes para señalar cuándo tales derechos no se han tenido en cuenta apropiadamente (de hecho, podríamos decir que son los decisores principales en cuanto a la compatibilidad de la decisión con los derechos protegidos, es decir, si hay o no interferencia en los derechos),

modelo que promueve el diálogo y la deliberación sobre derechos y valores constitucionales fuera de los tribunales”, Bar-Siman-Tov (2012), 280.

⁷⁰ Beatson *et al.* (2008), 235.

⁷¹ Así lo reconoció el alto tribunal en *Denbigh*, *supra* nota 40, [34] y [41] y *Miss Behavin’*, *supra* nota 41, [37].

⁷² Beatson *et al.* (2008), 235. Es muy probable que, como señaló el propio juez Brooke, una reconsideración adecuada de la decisión por parte del colegio hubiera dado como resultado la adopción de la misma medida; sin embargo, creo que este hecho no debilita el argumento que aquí defiende, puesto que la falta de una justificación adecuada por parte del responsable de la decisión sigue siendo un motivo suficiente para que la persona afectada tenga derecho a reclamar una nueva decisión sobre el asunto.

pero en muchas ocasiones no tienen competencia ni legitimidad para identificar cuál sería la consideración óptima de tales derechos en relación al resto de los intereses en juego. En tales casos, la actuación más adecuada del tribunal es devolver la cuestión al decisor original. Si no lo hiciera, la supervisión judicial correría el riesgo de “quedarse entre dos aguas: el tribunal declina revisar el proceso de toma de decisiones, fijándose sólo en el resultado; y declina atender detenidamente el resultado sobre la base de la competencia institucional relativa”⁷³. Además, el enfoque centrado en el contenido o sustancia de la decisión permite a la autoridad pública justificaciones *ex post facto*, lo que disminuye la capacidad de impugnación de los individuos. Como señala Hickman, “donde la confianza puede descansar en justificaciones *ex post facto*, resulta mucho más difícil para los reclamantes predecir sus posibilidades de éxito”⁷⁴.

En tercer lugar, una revisión basada en el proceso de toma de decisiones, al no centrar el control en el contenido de la decisión, promueve una mayor legitimidad de la intervención de los tribunales en el proceso de toma de decisiones públicas⁷⁵. Esta forma de entender la revisión judicial armoniza mejor con el tipo de deferencia que los tribunales deben mostrar hacia quienes tienen la responsabilidad principal de tomar la decisión, una posición que a menudo se justifica diciendo que los tribunales no están muchas veces en la mejor situación para valorar la proporcionalidad⁷⁶. Si la impugnación ante la justicia tiene éxito, la decisión debe tomarse de nuevo sobre una base adecuada por el órgano responsable. Como afirma Dyzenhaus, el cambio a una cultura de la justificación, lejos de dar más poder a los jueces, da más poder al Estado administrativo o regulador⁷⁷. En este tipo de cultura jurídica, las decisiones de los poderes públicos superan la revisión judicial en la medida en que éstos demuestran que son decisiones ‘justificables’, aunque éstas no coincidan con las conclusiones que los jueces consideran correctas con independencia de las razones aportadas. “La cultura de la justificación delinea y refuerza la separación de poderes. Exigiendo al ejecutivo que justifique el ejercicio de su poder, y requiriendo al tribunal

⁷³ Ibid., 236.

⁷⁴ Hickman, 240.

⁷⁵ Una revisión procesal “permite a los tribunales evaluar la racionalidad de la acción gubernamental, al tiempo que les exige de realizar la ponderación sustantiva de intereses. En su lugar, el tribunal verifica si el legislador ha basado su decisión en una ponderación sólida y amplia de intereses, o si estaban presentes las condiciones para su ejercicio. Lo cual no impone sobre el gobierno el deber de seguir un proceso bien definido, sino que meramente requiere unas garantías mínimas de una toma de decisiones ponderada y basada en evidencias”, Popelier (2013), 252. La revisión judicial “es menos objetable cuando los tribunales sirven meramente como un árbitro externo e independiente que asegura que se cumplen las reglas del juego, en lugar de participar en el juego mismo dictando sus resultados”, Bar-Siman-Tov (2011), 1971.

⁷⁶ Beatson et al. (2008), 235.

⁷⁷ Dyzenhaus (2014), 255.

supervisor que defiera a la justificación razonable, los papeles de cada rama se hacen más claros”⁷⁸.

No obstante, este tipo de revisión sigue teniendo ciertos aspectos controvertidos. El primero y quizá más importante de ellos es que parece implicar una interferencia ilegítima de los tribunales en el proceso interno de toma de decisiones del legislativo y el ejecutivo⁷⁹. Sin embargo, considerar el proceso interno de toma de decisiones como una prerrogativa del legislativo/ejecutivo presupone, a mi juicio, una posición contraria al paradigma constitucional de los derechos humanos, donde los legisladores y los jueces comparten el mismo esquema fundamental de racionalidad.

Otros aspectos polémicos tienen que ver con el hecho de que la revisión procesal no elimina completamente la revisión judicial sustantiva. En efecto, la dimensión sustantiva aparece claramente en la primera parte del análisis de proporcionalidad, cuando el tribunal decide si se ha producido una infracción de los derechos protegidos; pero también es evidente en la segunda parte, es decir, en el momento de decidir si dicha infracción puede considerarse razonablemente justificada. Por tanto, en la revisión procesal son los tribunales y no los legisladores quienes toman muchas decisiones sustantivas sobre el significado de los derechos, la ponderación adecuada entre derechos e intereses, la legitimidad de ciertos objetivos, y la permisibilidad de ciertos medios. De hecho, este tipo de revisión no sólo permite a los tribunales decidir qué valores sustantivos merecen una mayor protección judicial, sino también qué valores sustantivos merecen una mayor atención por parte del legislador. Consecuentemente, la revisión procesal puede ser objeto de unas críticas muy similares a las que se dirigen contra la revisión judicial sustantiva; aunque el enfoque procesal permite diluir tales críticas, éstas no desaparecen completamente. Y no creo que sea posible responder a esta objeción restringiendo la segunda fase del análisis de proporcionalidad a una revisión puramente formal o procedimental⁸⁰, pues esto equivaldría a una concepción de la deferencia judicial muy próxima a la sumisión. A mi juicio, la única respuesta posible es que los jueces apliquen siempre la metodología de la proporcionalidad junto con un análisis de su propia competencia y legitimidad en el contexto de cada caso concreto, es decir, realizando un juicio sobre la ‘deferencia debida’.

Por último, otro aspecto polémico es si las consideraciones procesales deberían tener el mismo peso tanto para declarar la permisibilidad de las decisiones impugnadas como para

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Bar-Siman-Tov (2012), 380-381.

⁸⁰ Ésta es la postura que defiende Bab-Siman-Tov, véase *ibíd.*, 386.

declarar su inconstitucionalidad o incompatibilidad con los derechos protegidos. Este problema aparece claramente en la sentencia del Tribunal Supremo británico en el caso *Nicklinson*, donde la mayoría decidió no declarar la incompatibilidad de una disposición legal que prohibía totalmente el suicidio asistido⁸¹. Aunque luego estudiaremos este caso más detenidamente, en este momento nos permite mostrar los términos del problema: mientras para una parte de la mayoría bastaba la existencia de una deliberación parlamentaria meticulosa para avalar la disposición legislativa sin mayor escrutinio, para otra parte, en cambio, dicha deliberación no era suficiente, y era obligación del tribunal exigir al legislador que prestara mayor atención a la posibilidad de ciertas excepciones, amenazando con la declaración de incompatibilidad en caso contrario. A mi juicio, este segundo grupo sostuvo una opinión más cercana a la concepción de la deferencia que exige el modelo colaborativo: mientras una deficiente toma de decisiones puede servir como una consideración para declarar la inconstitucionalidad (o incompatibilidad) de las leyes o decisiones públicas, lo contrario no debería ser automáticamente el caso. Incluso la más meticulosa deliberación legislativa puede resultar, a juicio del tribunal revisor, una consideración insuficiente para respaldar las decisiones impugnadas. Defender lo contrario implicaría, en mi opinión, entender la deferencia judicial como sumisión al legislador.

Estas invocaciones a la deferencia debida nos permiten entrar en la segunda parte de este capítulo. En efecto, en una cultura democrática de la justificación los jueces deben considerar al legislador, al gobierno y a los órganos administrativos como socios en el mantenimiento de la legalidad como una empresa común. La doctrina de la deferencia debida es el complemento necesario del análisis de proporcionalidad, puesto que tal doctrina tiene por objeto disciplinar la revisión judicial exigiendo a los jueces tener en cuenta los factores relevantes del contexto en el que han de realizar su evaluación.

B. La doctrina de la deferencia debida

En la exposición del modelo colaborativo, pudimos constatar la elaboración de una doctrina de la deferencia debida a cargo del Tribunal Supremo canadiense bajo la Carta de 1982 (*the Charter*). En el capítulo 2, vimos su desarrollo en el contexto de la revisión de constitucionalidad de las leyes, siguiendo la evolución que sufrió la metodología establecida en el caso *Oakes* a raíz de las dificultades de su aplicación. En el capítulo 4, analizamos su

⁸¹ *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38.

configuración en el ámbito del Derecho administrativo, como una consecuencia derivada de la transformación de la *judicial review* que tuvo lugar a partir del caso *Roncarelli v. Duplessis* y desembocó en el caso *Baker*. Mi propósito en esta sección es desarrollar con algo más de detalle dicha doctrina, atendiendo al intenso debate que ha generado dentro de la jurisprudencia y la academia británicas bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998.

a) El lenguaje de la deferencia

En el paradigma constitucional de los derechos humanos, hablar del deber de deferencia de los jueces hacia las ramas políticas puede entenderse como una vuelta a la supremacía parlamentaria, o como un recorte del legítimo activismo judicial en defensa de los derechos fundamentales. La más conocida expresión de ese temor se encuentra en *Huang*, donde la Cámara de los Lores se mostró muy crítica con la doctrina de la deferencia⁸². En dicho caso se trataba de revisar una decisión de un tribunal de apelación en cuestiones de inmigración, pero el alto tribunal aprovechó la ocasión para desacreditar el extenso argumento del gobierno y del tribunal de apelación en favor de la deferencia debida y conceptos relacionados (‘área discrecional de decisión’, ‘margen de apreciación’, ‘competencia institucional relativa’, etc.). En su sentencia, la Cámara se refirió a una tendencia “a complicar y mistificar lo que, en principio, no es una tarea ardua de definir, por muy difícil que luego sea de llevar a la práctica”⁸³. La primera tarea de un tribunal de apelación consiste, según la Cámara, en establecer los hechos relevantes, para luego pasar a considerar y ponderar todo lo que puede servir en favor de la decisión impugnada — en este caso, con especial atención a la justificación bajo el artículo 8(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se explicitan las razones para limitar el derecho a la vida privada y familiar. Según la Cámara, no debe usarse el lenguaje de la deferencia para describir este ejercicio de ponderación, puesto que se trata de la forma de proceder que se espera de “cualquier decisor judicial racional”.

La ponderación de factores de este tipo no es, en nuestra opinión, susceptible de describirse como deferencia: consiste en realizar la tarea judicial corriente de ponderar las consideraciones enfrentadas de ambas partes, y otorgar un peso adecuado al juicio de una

⁸² *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 A.C. 167.

⁸³ *Ibid.*, [14].

persona con responsabilidad en una determinada materia y con acceso a recursos especiales de conocimiento y consejo⁸⁴.

Sin embargo, a pesar de que esta sentencia ha sido citada numerosas veces en la jurisprudencia británica, la doctrina de la deferencia debida ha recibido cada vez más atención por parte de los autores y los jueces en los países donde opera el modelo colaborativo de constitucionalismo. Lo cual no debería sorprendernos. Al fin y al cabo, la cuestión de la ‘deferencia debida’ trae consigo el difícil problema de establecer una adecuada división del trabajo entre las distintas ramas del gobierno en un régimen constitucional. De ahí que dicha doctrina represente una parte imprescindible en la reconciliación entre la autonomía democrática (es decir, la autoridad del parlamento como principal productor del Derecho) y la protección de los derechos fundamentales (es decir, la autoridad del poder judicial como principal valedor de la legalidad).

En un constitucionalismo colaborativo, donde no existe la supremacía interpretativa de los jueces, la evaluación de la proporcionalidad debe acompañarse siempre con una “evaluación institucional”, relativa a la deferencia debida⁸⁵. Y si en el análisis de proporcionalidad el juez ha de ocuparse de determinar la posible justificación sustantiva de una disposición legislativa o de una decisión pública, en el ‘análisis de deferencia’ debe procurar establecer las implicaciones que tienen los límites de su propio papel (también como intérprete del Derecho) para la correcta resolución del caso particular. Es cierto que, en la práctica, ambas cuestiones aparecen normalmente mezcladas. Sin embargo, como señala Kavanagh, la diferencia fundamental reside en que, mientras la primera evaluación depende esencialmente de lo que exige el Derecho, la segunda es una cuestión de autorestricción judicial, que surge a partir de la preocupación del tribunal por actuar dentro de los límites de su papel dentro del marco constitucional⁸⁶. Es decir, la cuestión de la deferencia judicial no se refiere a la existencia o no de jurisdicción en un área específica (cuestión que se ha considerado siempre decisiva en la ‘concepción clásica’ de la *judicial review*)⁸⁷, sino a la conveniencia o no de interferir en decisiones donde en principio los jueces tendrían autoridad para hacerlo, tomando en consideración sus propios límites competenciales y/o de legitimidad.

⁸⁴ Ibid., [16].

⁸⁵ Kavanagh (2009), 176. Esta idea es la que subyace, como vimos, en las “virtudes pasivas” de Bickel (1962), 74.

⁸⁶ Kavanagh (2009), 177.

⁸⁷ Taggart (2008), 428.

Con todo, no le falta razón a la Cámara de los Lores para quejarse frente al lenguaje de la deferencia. En concreto, la Cámara rechazó el uso de metáforas espaciales (o ‘geográficas’)⁸⁸ que hablan de ‘márgenes’ y de ‘espacios’ de discrecionalidad, y que no hacen más que confundir y distorsionar los debates sobre la correcta interacción entre las distintas ramas del gobierno⁸⁹. Siguiendo las explicaciones de Hunt, cabe decir que este lenguaje espacial o territorial viene provocado por un marco conceptual en el que los debates sobre Derecho público se plantean como un ‘conflicto de supremacías’ que exige delimitar zonas exclusivas de competencia. El problema es que este marco conceptual de “pensamiento derivado de la soberanía”, guarda poca relación con la práctica efectiva de la autoridad pública en los sistemas constitucionales contemporáneos, en donde el poder público está disperso y compartido entre distintas capas de actores constitucionales. De ahí que este tipo de lenguaje suponga un obstáculo para la evolución del Derecho público hacia un sistema maduro que regule la legalidad del ejercicio del poder en un sistema político moderno⁹⁰.

La metáfora espacial del ‘margen de apreciación’ procede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se refiere al grado de libertad que tienen los Estados miembros de la Unión Europea en el cumplimiento del Convenio. Dado que se trata de una doctrina de un tribunal supranacional, no tiene una aplicación directa en los tribunales nacionales. Así lo estableció la Cámara de los Lores en *Kebilene* poco antes de que la Ley de Derechos Humanos entrase en vigor⁹¹. Sin embargo, como observó Lord Hope, las cuestiones que planteaba a los tribunales nacionales la aplicación de los principios del Convenio no eran muy distintas a las que surgían en el tribunal europeo, por lo que, según él, el enfoque no podía ser muy diferente en un caso y en otro. Así pues, debía reconocerse un área o zona de decisión en que el legislativo o el ejecutivo fueran inmunes a cualquier interferencia por parte de los tribunales.

⁸⁸ Según Prieto Sanchís, en un modelo “geográfico” de división de poderes se afirma que “existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que hay materias o esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente [...] Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta inmovible: la política y el Derecho cuentan con espacios propios”, (2004), 56.

⁸⁹ El Tribunal de Estrasburgo suele hablar del ‘margen de apreciación’ de los Estados. Como es obvio, los tribunales nacionales no pueden utilizar esa terminología en el mismo sentido. Sin embargo, en el Reino Unido, los jueces utilizan con frecuencia expresiones similares, como ‘*discretionary area of judgment*’ o ‘*margin of discretion*’.

⁹⁰ Hunt (2003), 339.

⁹¹ *Regina v. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebeline and others* [2000] 2 AC 326.

En algunas circunstancias será apropiado para los tribunales reconocer que existe un área de decisión dentro del cual la judicatura deferirá, por razones democráticas, a la opinión fundamentada del cuerpo o persona electos cuyo acto o decisión ha sido impugnado por ser incompatible con el Convenio⁹².

El principal problema de este enfoque es, obviamente, la dificultad de trazar las líneas de demarcación de tales zonas de libre decisión. Normalmente los casos que implican infracciones de derechos fundamentales también encierran cuestiones de política social y económica, y a la inversa, por lo que no es posible delimitar ‘áreas’ o ‘zonas’ en donde se pueda presumir la necesidad de deferencia. Además, las metáforas espaciales tienden a prejuzgar las verdaderas razones por las que el juez debe deferir a la valoración del agente decisor principal. Según estas metáforas, si un asunto ‘cae dentro’ del área de discrecionalidad del parlamento o el gobierno, debido a su mayor competencia o legitimidad en el asunto en cuestión, entonces el juez debe deferir automáticamente, sin pasar a realizar ningún análisis ulterior de proporcionalidad.

Aquí voy a defender un enfoque alternativo a partir de los presupuestos de un modelo colaborativo de constitucionalismo. En lugar de tratar de delimitar las respectivas zonas de competencia, o de decidir quién tiene el poder para decidir tales zonas, este enfoque parte de la idea de que todas las ramas del gobierno colaboran en la realización de los mismos principios y valores. Para el desarrollo de este enfoque, es preciso abandonar el marco conceptual de ‘soberanías paralelas o en competencia’, incluso “abandonar por completo el lenguaje de la soberanía en favor del lenguaje de la justificación”⁹³. En ese nuevo lenguaje es esencial el concepto de ‘deferencia debida’, es decir, la idea de que puede haber buenas razones para que los jueces respeten las decisiones del legislativo, el ejecutivo o la administración, o no interfieran en la decisión de un tribunal inferior, pero que tal deferencia “*debe ganarse* por el decisor principal, planteando abiertamente las justificaciones que respaldan sus decisiones y argumentando las razones por las que tales decisiones merecen el respeto judicial”⁹⁴. Conforme al constitucionalismo colaborativo que aquí defiendo, la ‘deferencia debida’ presupone una concepción de la legalidad en la que las instituciones políticas tienen un papel importante en la definición y promoción de los valores fundamentales.

⁹² Ibid., 380.

⁹³ Hunt (2003), 340.

⁹⁴ Ibid.

Por lo tanto, aunque sea algo controvertido usar el lenguaje de la deferencia, lo relevante no son las palabras sino el tipo de análisis que deseamos describir con ellas. Dicho análisis se distancia del enfoque espacial por cuanto que no se centra en un solo factor para definir la naturaleza del contexto del caso en cuestión, predeterminando así la intensidad de la revisión judicial. Por el contrario, exige a los jueces que examinen cuidadosamente las distintas razones posibles por las que debería deferir al agente decisor principal en ciertos aspectos de la decisión. Lo cual requiere no sólo la identificación de los factores específicos en juego en un caso particular, sino también una clara explicación de las razones por las que algunas consideraciones reciben más peso que otras en la decisión final respecto a la cuestión de la constitucionalidad⁹⁵.

b) Deferencia mínima y sustancial

La doctrina de la deferencia debida comienza distinguiendo entre una ‘deferencia mínima’, que los jueces aplican como un principio general, y una ‘deferencia sustancial’, que aplican de modo más específico y excepcional. Según Kavanagh, “la *deferencia mínima* es la atribución judicial de algún presunto peso a la decisión que toma el cuerpo electo, pero no es una presunción muy fuerte”; mientras que “la *deferencia sustancial* debe ganarse por las ramas electas y sólo se justifica cuando los tribunales se consideran bajo una carencia institucional concreta con respecto al asunto que han de resolver”⁹⁶.

El deber de deferencia mínima requiere únicamente que el poder judicial trate con respeto las decisiones del ejecutivo y el legislativo. Este tipo de deferencia es inherente al papel de los tribunales como agentes decisores secundarios; explica por qué los tribunales no pueden invalidar una ley o una decisión ejecutiva (o declarar la incompatibilidad de una disposición legislativa), simplemente porque no están de acuerdo con ella o porque no coincide con la solución que ellos habrían dado si hubieran tenido el poder para tomar la decisión principal. La deferencia sustancial, en cambio, es más fuerte, pues exige a los tribunales que otorguen mayor peso a la opinión del ejecutivo o el legislativo. Por otra parte, la deferencia mínima se basa principalmente en factores constitucionales, es decir, en la preocupación de los tribunales por prestar atención a la legitimidad constitucional de las decisiones hechas por el ejecutivo y el legislativo, mientras que la deferencia sustantiva

⁹⁵ Hunt (2009), 118.

⁹⁶ Kavanagh (2009), 181-182 (énfasis en el original).

depende más de factores institucionales, que indiquen en la competencia y capacidad relativas del ejecutivo, el legislativo y la judicatura.

En un constitucionalismo colaborativo, la deferencia mínima influye en el estándar general de revisión judicial, y explica por qué en este modelo los tribunales adoptan principalmente un estándar de ‘razonabilidad’⁹⁷. Como presunción judicial, el deber de mínima deferencia responde al principio general de ‘conservación de los actos jurídicos’, según el cual es deseable evitar el vacío que supone la expulsión de la ley del ordenamiento, por lo que es preferible interpretar el texto legal de modo que se evite este efecto⁹⁸. En caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles de un texto legal es la correcta, el juez debe optar por aquella interpretación bajo la cual “la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma”⁹⁹. Este principio de conservación de los actos rige con una fuerza especial en el caso de las leyes, dada la especial legitimidad democrática del parlamento. Sin embargo, la mayoría de las decisiones y actos de las autoridades públicas están basadas en disposiciones legislativas que regulan su actuación, por lo que la deferencia en favor de las primeras implica indirectamente la deferencia (mínima) hacia las segundas. En general, la deferencia mínima implica que el tribunal sólo encontrará que la legislación (o la acción gubernamental) es incompatible con los derechos protegidos “cuando esté relativamente seguro de que dicha legislación viola esos derechos y/o si la violación es significativa”¹⁰⁰.

La deferencia sustancial, en cambio, significa otorgar un ‘peso importante’ (*‘great weight’*) a las razones del decisor principal en la justificación de sus decisiones, actos y omisiones. Este es el tipo de deferencia que permite al parlamento y al gobierno participar activamente en la definición del alcance y la extensión de los derechos protegidos (es decir, entrar en el corazón mismo de la interpretación constitucional). La deferencia sustantiva no surge automáticamente según la materia del caso, sino “a partir del *respeto* a la superior

⁹⁷ Young (2009b), 556.

⁹⁸ Ferreres (1997), 37; García de Enterría (2006), 95-103.

⁹⁹ Ferreres (1997), 37. Ferreres denomina a este tipo de deferencia “una presunción moderada de constitucionalidad”, y la describe en los siguientes términos: “No hay razón para que el juez proyecte una actitud de sospecha sobre las leyes que restringen derechos constitucionales. No tiene por qué sospechar”, *ibid.*, 269.

¹⁰⁰ Kavanagh (2009), 171. En este sentido, Stephen Perry habla de razones “epistémicas” y “de reponderación” (*re-weighting*) para limitar la deferencia judicial hacia los poderes electos, véase S. Perry (1989), 932-936. Según Ferreres, la presunción moderada de constitucionalidad debe invertirse en dos casos: (1) cuando la ley afecta desfavorablemente los derechos de un grupo social y políticamente vulnerable, Ferreres (1997), 251; y (2) cuando la ley infractora restringe derechos de participación política, *ibid.*, 269. En ambos casos, el tribunal debe revisar desde la sospecha, *ibid.* 269.

competencia, capacidad y/o legitimidad” de los poderes electos del Estado¹⁰¹. Según este enfoque, la deferencia no tiene que ver con los límites legales de la jurisdicción de los jueces, sino que “es una cuestión de restricción judicial basada en el respeto, y la sensibilidad, hacia los lindes constitucionales apropiados entre las ramas del gobierno”¹⁰².

Consecuentemente, la deferencia sustantiva sólo es apropiada en dos tipos de casos. En primer lugar, cuando los tribunales no están seguros acerca de la decisión correcta. La deferencia es una respuesta racional ante la *incertidumbre*: cuanto menor confianza se tenga sobre cuál es la solución correcta, más probable (y más justificable) será que el decisor defiera al juicio de otro, especialmente cuando ese otro posee superior capacidad, competencia o legitimidad para llegar a esa respuesta. En segundo lugar, la deferencia sustantiva es apropiada cuando los jueces discrepan del legislativo o de la autoridad pública, pero tienen razones (basadas en la estimación de su propia competencia y legitimidad) para no interferir en la decisión elegida por el decisor principal¹⁰³. Estas razones son los *factores formales de deferencia* que ayudan a graduar la intensidad del escrutinio judicial. Su carácter normativo procede del papel judicial en la revisión de constitucionalidad: los jueces no son los agentes decisores principales; su responsabilidad es secundaria y se circunscribe a supervisar que el agente decisor principal ha actuado de acuerdo con los requerimientos de la legalidad¹⁰⁴. El tribunal supervisor no puede interferir en la decisión del decisor principal simplemente porque cree haber encontrado una decisión mejor.

La deferencia debida mide el grado de intensidad del escrutinio judicial. Tiene, por tanto, una naturaleza variable. Depende del peso que asigne el juez a las decisiones del legislativo o de las autoridades públicas. En ningún caso implica deferencia completa o absoluta, puesto que nunca significa que los jueces deban dejar de valorar el caso y la legalidad de la decisión. La deferencia debida nunca supone una aceptación incondicional o sumisión ciega a las decisiones del parlamento o del gobierno. Al contrario, se trata de una cuestión gradual que no impide automáticamente un escrutinio intensivo, ni conduce a los jueces necesariamente a respaldar las decisiones de los poderes electos. Como señala Kavanagh, “la deferencia no es anatema para la cultura de la justificación — implica simplemente que, al evaluar la justificación de las decisiones del legislativo o el ejecutivo, los tribunales deben tener en cuenta los límites de su papel constitucional”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Kavanagh (2009), 169 (énfasis añadido).

¹⁰² Ibid., 177.

¹⁰³ Ibid., 170.

¹⁰⁴ Ibid., 171-172.

¹⁰⁵ Ibid., 174-175.

Para juzgar el grado de deferencia debida, los tribunales deben considerar los factores formales y sustantivos relevantes que aparecen en el contexto del caso en cuestión. Como veremos en el siguiente apartado, esos factores incluyen la severidad de la violación de los derechos, el grado de confianza del tribunal respecto a su valoración de dicha violación, así como cuestiones relativas a su competencia institucional, capacidad y legitimidad democrática. En términos generales, este análisis debe hacerse siempre con relación al contexto del caso, y nunca de manera automática según la materia sustantiva en cuestión. La deferencia es algo que las instituciones políticas y las autoridades públicas deben ganarse, correspondiendo a los tribunales juzgar el grado de respaldo que merecen los reclamos de superior competencia, capacidad y legitimidad en el contexto de cada caso individual¹⁰⁶.

c) Factores institucionales, constitucionales y sustantivos

Entre los factores formales de deferencia judicial, se suele distinguir entre factores institucionales y constitucionales — o entre razones epistémicas y razones de legitimidad. Los factores institucionales (o epistémicos) tienen que ver con las diversas razones (de competencia y capacidad) por los que alguno de los poderes públicos puede estar relativamente mejor situado que los demás para alcanzar la respuesta correcta sobre el alcance y limitación justificada de los derechos fundamentales en el contexto concreto de cada caso. Los factores constitucionales (o de legitimidad) se refieren a la relación constitucional entre el ejecutivo, el legislativo y la judicatura, y más concretamente, a la diferente rendición democrática de cuentas de sus decisiones. Por último, son factores relevantes de la deferencia judicial las razones sustantivas del caso, que incluyen tanto la importancia del derecho en cuestión, como la gravedad de la infracción producida en el derecho fundamental. Según el enfoque que voy a defender aquí, los tres factores son relevantes en la revisión judicial de constitucionalidad de las decisiones públicas.

En general, los factores relevantes para la deferencia judicial pueden definirse como razones de segundo orden que conducen a los jueces a excluir de su razonamiento las razones de primer orden empleadas por el decisor principal para adoptar su decisión¹⁰⁷. Como veremos más adelante, el carácter ‘excluyente’ de dichos factores puede considerarse completo o absoluto, en cuyo caso hablaríamos de ‘deferencia como sumisión’, o con

¹⁰⁶ Hunt (2003), 340.

¹⁰⁷ Raz (1979), 16-17 denomina “excluyentes” a este tipo de razones.

diferentes grados de ‘peso’ o importancia, en cuyo caso se trataría de lo que aquí denominaré con Dyzenhaus ‘deferencia como respeto’¹⁰⁸. La doctrina que forma parte del modelo colaborativo rechaza la deferencia como sumisión. Ni los argumentos democráticos ni las consideraciones de competencia institucional relativa ofrecen razones que determinen automáticamente la cuestión justificatoria, esto es, no deben considerarse razones que impidan o hagan innecesaria la intervención de los jueces. La deferencia como sumisión supone la abdicación del tribunal respecto de su tarea supervisora. La idea de la deferencia como respeto, por el contrario, exige siempre una cierta proactividad judicial, una implicación del tribunal en el control de la calidad de las razones (o, mejor, de los razonamientos) con las que el decisor principal pretende justificar su decisión.

Los factores institucionales de deferencia se basan en lo que Stephen Perry denomina ‘incertidumbre práctica’. La deferencia del agente a las directivas de otros es una respuesta racional cuando “el agente mismo reconoce que puede no saber qué requiere el balance objetivo de razones en un determinado tipo de situaciones”¹⁰⁹. Cuanta menor confianza tenga el tribunal sobre cuál es la respuesta correcta, estará más justificado que defiera a favor del juicio del agente decisor principal, especialmente cuando dicho agente posee una competencia o una pericia mayor para alcanzar dicha respuesta.

La ‘incertidumbre práctica’ de los jueces puede presentarse en dos tipos de circunstancias: o bien cuando los efectos de cualquier modificación de la decisión impugnada son tan complejos y de largo alcance que superan la competencia relativa de los tribunales (factores de competencia), o bien cuando éstos reconocen que su capacidad y experiencia sobre el asunto en cuestión es inferior a la del agente decisor principal (factores de capacidad). Los factores de competencia tienen que ver con la limitación de ‘los rasgos fundamentales’ que vimos en la primera parte de este trabajo. Se trata de una limitación que a veces exige a los jueces respetar la superior competencia del parlamento para la reforma legislativa.

Los factores de capacidad se suelen invocar en defensa de la deferencia judicial cuando los tribunales tienen que hacer frente a cuestiones relativas a ‘políticas públicas’ o asuntos de interés público. La plausibilidad de esta invocación depende, sin embargo, de que se acepte previamente algún tipo de diferencia significativa entre las cuestiones de derechos (donde los jueces tendrían su ámbito propio de competencia) y las cuestiones de políticas públicas (donde los jueces deberían autorestringirse). Esta distinción ha sido muy

¹⁰⁸ Dyzenhaus (1997a).

¹⁰⁹ S. Perry (1989), 929.

criticada¹¹⁰, siendo así que en la mayor parte de los casos los jueces no pueden tomar sus decisiones sobre derechos atendiendo únicamente a cuestiones de principio, es decir, sin tener en cuenta las consecuencias prácticas, en términos de fines colectivos, que tales decisiones puedan llegar a tener. Muchos de los derechos constitucionales están sujetos a ‘limitaciones necesarias en una sociedad democrática’, con objeto de alcanzar bienes públicos de suficiente importancia (como la seguridad nacional, el orden público o el bienestar económico). Lo cual implica, lógicamente, que ambos tipos de cuestiones (de principio y de interés general) han de estar presentes en la toma de decisiones tanto de los legisladores como de los jueces. Igual que los legisladores deben buscar el interés general teniendo en cuenta los derechos fundamentales afectados por sus proyectos legislativos, los jueces tienen que cumplir su deber de garantizar los principios constitucionales sin perder de vista los fines colectivos que tratan de alcanzar las leyes. Para ello, los jueces tienen que saber distinguir entre aquellas decisiones relativas al interés general que son apropiadas a su competencia, capacidad y legitimidad, y aquellas otras que están más allá de esa competencia¹¹¹. No se trata, por tanto, de respetar automáticamente la decisión del parlamento o del gobierno siempre que el caso implique cuestiones de interés general. Al contrario, los tribunales tienen que determinar el grado de deferencia que deben a las instituciones políticas analizando los límites de su propia competencia, capacidad y legitimidad, a la luz del contexto específico del caso. En dicho contexto, no sólo será relevante la materia del caso en cuestión, sino también la naturaleza del derecho infringido, el grado de infracción y las implicaciones de la reforma legislativa necesaria para corregir la supuesta violación de derechos.

Sin embargo, donde existe mayor controversia entre los autores es respecto a los factores constitucionales o de legitimidad democrática. Jeffrey Jowell, por ejemplo, desde la experiencia británica, ha argumentado que el nuevo orden constitucional inaugurado por la Ley de Derechos Humanos de 1998 otorga a los tribunales una competencia constitucional de la que antes nunca habían disfrutado, por lo que ya no es justificable que defieran basándose en razones democráticas, sino únicamente en razones institucionales (competencia y capacidad relativas). Jowell considera que dicha ley establece la legitimidad democrática de la interferencia judicial para la protección de los derechos humanos, y que

¹¹⁰ Su más conocido defensor es Dworkin (1977), 22, el cual afirma que los jueces deben basar sus decisiones en cuestiones de ‘principio’ o requerimientos de justicia, y no en cuestiones de ‘directrices políticas’ (*policies*) o exigencias de interés público o bien colectivo. Dicha distinción ha recibido numerosas objeciones, entre las que cabe mencionar Raz (1978), 128; Greenawalt (1983); y S. Perry (1989), 981-982.

¹¹¹ Kavanagh (2009), 186.

por tanto nunca es justificable que un tribunal defiera en el decisor principal por razones democráticas¹¹².

Según Hunt, sin embargo, este enfoque excluye importantes consideraciones normativas sobre cuál es el papel propio de los tribunales. Al asumir que tales cuestiones han sido resueltas por la legislación, parece descartar completamente las consideraciones democráticas como un factor a tener en cuenta en la determinación del grado de deferencia judicial. Sin embargo, “una concepción rica de la legalidad y del imperio de la ley” no debe limitarse a legitimar a los tribunales para que puedan imponer estándares legales sobre los decisores públicos, sino que también debe “dejar un espacio para que las consideraciones democráticas tengan un papel adecuado, incluyendo el papel de las ramas democráticas en la definición y promoción de los valores fundamentales”¹¹³.

Además, los factores institucionales de deferencia judicial dependen de la función que han de realizar los tribunales en el marco constitucional. Los límites de su competencia institucional responden a la cuestión normativa previa acerca de la función que deben cumplir los tribunales. Si es cierto que, como sugiere Jowell, los tribunales tienen ahora la competencia constitucional de decidir todas las cuestiones relativas a la compatibilidad de la acción pública con los derechos fundamentales, entonces tampoco deberían estar constreñidos por limitaciones institucionales¹¹⁴. Por tanto, la cuestión de la competencia institucional, por sí sola, al margen de las cuestiones normativas más profundas sobre lo que los tribunales deben hacer en una democracia constitucional moderna, no es determinante para resolver la cuestión de la deferencia debida.

Lo cual implica una mayor carga argumentativa para los jueces a la hora justificar su deferencia. Como señala Hunt, una teoría de la deferencia necesita basarse en algo explícitamente normativo, por lo que exige a los jueces “no sólo articular sus razones para deferir o no, sino teorizar tales razones en términos de lo que justifica o limita la intervención judicial”¹¹⁵. En una cultura de la justificación, todos los ejercicios del poder requieren justificación, lo cual implica dar razones, es decir, explicaciones racionales de por qué se ha tomado una determinada decisión. La tarea de los jueces en el control de constitucionalidad consiste en someter tales razones a un cuidadoso escrutinio y decidir si la decisión es o no justificable. Al decidir cuánto peso se debe atribuir a los argumentos del

¹¹² Jowell (2003), 592, 597-599. En el mismo sentido, Barak (2012), 382-383.

¹¹³ Hunt (2003), 350.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, 351.

agente decisor principal, uno de los factores que el tribunal debe tener en cuenta al determinar el adecuado grado de deferencia es el de la legitimidad democrática.

Ahora bien, como ocurre con los otros factores de deferencia, las consideraciones democráticas no deben tratarse como determinantes de la cuestión justificativa. La doctrina de la deferencia debida rechaza la comprensión de estos factores como razones que prejuzgan por completo la intervención judicial, pues esto implicaría la abdicación del tribunal respecto de su tarea de decidir si la justificación ha tenido lugar. La doctrina de la deferencia debida comienza con la distinción entre la deferencia como ‘sumisión’ y la deferencia como ‘respeto’ y, a partir de ahí, concibe el análisis de la responsabilidad institucional de los jueces como una evaluación de los factores contextuales relevantes que explican la inclinación o la renuencia de los jueces a intervenir en las decisiones de otros poderes públicos. En este sentido, la legitimidad democrática es una clase de factores más a ponderar en el análisis institucional.

Cuando el agente decisor principal es un órgano ejecutivo o administrativo, algunos de estos factores de legitimidad democrática son¹¹⁶: el grado de rendición democrática de cuentas del agente decisor; la existencia de otros mecanismos de rendición de cuentas disponibles; el grado en que funcionan en la práctica los mecanismos democráticos; las oportunidades que tuvieron los afectados de intervenir en el proceso que condujo a la decisión; el grado en que las decisiones o medidas fueron precedidas de una revisión política de compatibilidad o constitucionalidad. Este último factor es especialmente importante, puesto que se refiere al grado en que el agente decisor ha llevado a cabo conscientemente un completo análisis de compatibilidad: en general, el nivel de respeto debido a una decisión pública debe basarse en la seriedad con que el agente decisor principal se implicó en la cuestión de la proporcionalidad.

En el caso de disposiciones legislativas, el tribunal debe valorar el grado de deferencia que deben otorgar a la deliberación democrática que las respalda. Los principales criterios que pueden estructurar dicha valoración son¹¹⁷: las condiciones de representatividad en las que el debate legislativo tuvo lugar y, en especial, si estuvieron representadas aquellas personas cuyos derechos se vieron afectados; la calidad de la atención que prestó el legislativo a las inquietudes de las personas afectadas por su decisión; y, de nuevo, el grado en que el legislativo llevó a cabo un completo análisis de proporcionalidad, aportando las razones que justifican razonablemente la introducción de medidas que restringen derechos

¹¹⁶ Hunt (2003), 353-354; Dyzenhaus (2007), 139; Kavanagh (2009), 187.

¹¹⁷ Lazarus y Simonsen (2015), 392-398.

fundamentales. Estos factores sólo adquieren peso sustantivo cuando se trata de cuestiones socialmente muy controvertidas, donde los jueces consideran que la resolución tendrá más probabilidades de ser aceptada si procede de las ramas electas del gobierno¹¹⁸.

Como regla general, Kavanagh cree que, frente a las decisiones del parlamento, los tribunales pueden seguir la misma forma de operar que en la revisión judicial de los actos administrativos. Igual que en Derecho administrativo los tribunales pueden valorar si las autoridades públicas tuvieron en cuenta consideraciones relevantes o irrelevantes, sin dar el paso ulterior de juzgar (o tomar posición por) el peso de cada una de tales consideraciones, en la revisión de la legislación los tribunales pueden averiguar si el debate parlamentario se implicó en el asunto de los derechos fundamentales, y si dicha implicación tuvo la calidad adecuada, sin dar el paso ulterior de evaluar la calidad de las razones ofrecidas durante el debate parlamentario¹¹⁹. Aunque en algunos casos puede ser muy difícil distinguir estos dos tipos de evaluación, el enfoque procesal que adopta el modelo colaborativo de revisión judicial se basa en la posibilidad de valorar la calidad del proceso de toma de decisiones sin juzgar los méritos de los argumentos individuales.

Por último, las razones de segundo orden que sirven para calibrar el grado de deferencia judicial no se refieren únicamente a la forma. Entre los factores de deferencia también está la importancia del derecho en cuestión, la gravedad de la infracción del derecho y la importancia del objetivo propuesto. Si, por ejemplo, el derecho infringido es un derecho con una protección absoluta (como el derecho a no sufrir torturas), entonces la decisión impugnada debe sujetarse al más estricto proceso de escrutinio. Aun así, los jueces deben tomar en serio las razones que ofrece el agente decisor tratando de demostrar por qué el derecho no ha sido infringido, pero no hay lugar para la ponderación y prácticamente ningún margen para concluir que las razones son suficientes en una sociedad democrática. Existen dos contextos donde estos factores actúan con especial severidad: cuando se trata de recortar derechos a grupos vulnerables que han sufrido tradicionalmente una discriminación sistemática, y la infracción de los derechos democráticos¹²⁰. Un ejemplo lo encontramos en el caso *Sauvé*, al que ya hicimos referencia en la primera parte de este trabajo, donde el Tribunal Supremo de Canadá tuvo que juzgar la constitucionalidad de una medida legislativa que recortaba el derecho al voto de los presos. Más adelante volveremos sobre este caso.

¹¹⁸ Kavanagh (2009), 193.

¹¹⁹ Kavanagh (2014), 465.

¹²⁰ Sigo en este punto a Ferreres (1997), 243 y ss.

Para Alexy y Rivers, en línea con su enfoque objetivista de la revisión judicial, la intensidad de la revisión viene marcada fundamentalmente por la gravedad de la infracción del derecho básico. Cuanto mayor sea la gravedad de la infracción, mayor será la evidencia y la argumentación que pedirá el tribunal para convencerse de que la justificación es tan fuerte como pretende el decisor principal¹²¹. Para la doctrina de la deferencia debida, por el contrario, se trata de determinar el grado de deferencia que el juez debe otorgar al decisor principal en los distintos aspectos relevantes de su decisión. Para ello el juez no puede centrarse únicamente en la gravedad de la infracción cometida, sino que debe identificar y evaluar los diversos factores específicos que están presentes, con objeto de determinar el grado de deferencia debida en las circunstancias concretas del caso.

d) Deferencia como respeto y como sumisión

La doctrina de la deferencia debida se basa, como ya he señalado en varias ocasiones, en la distinción entre la deferencia como respeto y la deferencia como sumisión. Dada la importancia de esta distinción para un modelo colaborativo de revisión, considero conveniente ahondar algo más en ella. Según la definición de Dyzenhaus, citada por el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Baker*:

La deferencia como respeto no exige sumisión, sino una atención respetuosa a las razones ofrecidas o que podrían ofrecerse en apoyo de una decisión, sea dicha decisión una disposición legal del legislativo, una sentencia de otro tribunal, o una decisión de una agencia administrativa¹²².

En otras palabras, la deferencia como respeto requiere que los jueces presten una “atención respetuosa” a las razones que ofrecen los decisores principales como justificación de una determinada decisión. Requiere no sólo que se den razones, sino que las razones sean capaces de justificar la decisión. Tal deferencia, por tanto, no exige un mero formalismo, sino que incluye un aspecto sustantivo o cualitativo: para obtener el respeto de la judicatura se requiere la demostración de que las razones ofrecidas son adecuadas para justificar la decisión adoptada. El deber de deferencia hacia el agente decisor principal surge cuando éste ha ofrecido razones que justifican el resultado y el tribunal considera, tras su escrutinio, que tales razones son adecuadas. Este escrutinio de la ‘adecuación’ de las razones implica por tanto *una evaluación cualitativa, pero no equivale a un test de corrección*: dicho escrutinio

¹²¹ Rivers (2006), 206, 177.

¹²² Dyzenhaus (1997a), 286.

“impone un alto nivel de justificación al exigir que las razones cumplan con los estándares de racionalidad y no sean inconsistentes con los principios que subyacen a la democracia; pero deja espacio para concluir que las razones son ‘suficientes’ en una sociedad democrática”¹²³.

Por el contrario, la deferencia como sumisión exige a los jueces que se sometan a la intención del legislativo, identificable mediante test fácticos o no evaluativos. Además, si la intención del legislador es delegar la autoridad a un órgano administrativo para interpretar e implementar una de sus disposiciones, esta concepción de la deferencia transmite la misma actitud sumisa hacia la administración. Los jueces deben deferir a la decisión del agente decisor principal en la medida en que éste no supere los límites de su autoridad legal. Si el tribunal revisor inicia un proceso de evaluación de las razones que condujeron a tomar la decisión, entonces estará obrando de manera incorrecta: en lugar de realizar una legítima revisión de legalidad, tenderá a ejercer una ilegítima revisión sustantiva de los méritos de la decisión¹²⁴.

La diferencia fundamental entre ambas concepciones de la deferencia radica en las ideas de legalidad y autoridad legal que una y otra defienden. En la deferencia como respeto, la legalidad es concebida en términos de justificación; en la deferencia como sumisión, se basa en espacios o márgenes de discrecionalidad.

Para la deferencia como respeto, la autoridad legal está basada en razones, y la legalidad es una cuestión de principios. Una decisión tiene autoridad cuando está respaldada por razones que muestran por qué todos los principios jurídicos relevantes apoyan la decisión. Para la deferencia como sumisión, la autoridad se vincula automáticamente a cualquier decisión que se haga dentro del espacio delimitado por el poder delegante. Es decir, la legalidad es concebida espacialmente, de manera que sus límites son únicamente aquellos que están explícitamente estipulados por el poder delegante¹²⁵.

Para la deferencia como respeto, la obligación de dar razones que sitúen las decisiones públicas dentro del imperio de la Ley, es igualmente aplicable al parlamento y al gobierno. Para la deferencia como sumisión, en cambio, el parlamento puede actuar sin límites en tanto que respete los requisitos formales relativos a la promulgación de leyes. Lo cual conduce fácilmente del imperio de la Ley (*rule of law*) al imperio a través de la Ley (*rule by law*), es decir, a una visión de la legalidad en la que, si una disposición legal

¹²³ Dyzenhaus (2007), 131.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid., 131-132.

autoriza al gobierno a actuar arbitrariamente, por definición éste estará actuando de manera legal y, por tanto, legítima. De ahí que una deferencia basada en el respeto y no en la sumisión exija una idea más sustantiva de la legalidad, en la que se incluyan los compromisos fundamentales que conlleva el respeto a los derechos humanos. Esta concepción más amplia de la legalidad es la que promueve una cultura constitucional en la que todos los poderes del Estado están comprometidos en la realización de los mismos valores fundamentales, haciendo así posible la deferencia como respeto de los tribunales supervisores.

Para explicar la diferencia entre ambos tipos de deferencia, podemos recurrir a la división que hace Stephen Perry dentro de las ‘razones excluyentes’ de Raz¹²⁶. Según Perry, una concepción objetiva considera las razones para no actuar “según una razón que figura en la ponderación objetiva de razones”, mientras que una concepción subjetiva considera este tipo de razones “según el juicio de alguien sobre lo que requiere una razón objetiva”¹²⁷. El primer caso sería, por ejemplo, cuando el agente decisor debe cumplir una promesa, y expulsa de su consideración una o varias de las razones que figurarían en su juicio de ponderación sobre la cuestión a decidir.

El segundo se produce, según Perry, en el ámbito del Derecho público, cuando el agente decisor debe obedecer la decisión de una autoridad legítima, inhibiéndose de actuar según su propio juicio acerca de lo que debería hacerse según las razones objetivas (o correctas). El agente no actúa directamente según las razones objetivas mismas, pero eso no implica que esas razones ‘excluidas’ sean expulsadas del razonamiento práctico del agente del mismo modo que en el caso de las promesas. Las decisiones de las autoridades legítimas se suponen realizadas de acuerdo con las razones ‘dependientes’, es decir, aquellas que se aplican directamente a la cuestión a decidir¹²⁸. En el caso de las promesas, las razones excluyentes impactan en lo que el agente debería hacer (tiene un efecto en las razones objetivas mismas); sin embargo, en el caso de la obediencia a los actos de la autoridad legítima, dichas razones impactan en cómo el agente debería actuar para asegurar que hace lo que debe hacer. Desde el punto de vista del agente, la obediencia a las decisiones de los poderes públicos se justifica porque éstos están mejor situados que él mismo para saber qué

¹²⁶ S. Perry (1989), 927 y ss. Según Raz, las razones de ‘segundo orden’ son aquellas que conducen al agente decisor a abstenerse y no tomar en consideración una razón directamente relacionada con la decisión a tomar.

¹²⁷ *Ibid.*, 928-929.

¹²⁸ Según Raz, la forma normal de justificar la legitimidad de una autoridad es mostrar que la persona sobre la que se reclama autoridad “probablemente se ajustará mejor a las razones aplicables a ella si acepta las directivas de la autoridad en cuestión como autoritativamente obligatorias y trata de seguirlas, en lugar de intentar seguir directamente las razones aplicables a ella”, (1986), 53.

exige una ponderación objetiva de razones para el caso concreto. En este sentido, la autoridad de los poderes públicos reside en la ‘incertidumbre práctica’ de los individuos a los que se dirigen sus actos y decisiones.

Apliquemos ahora estas distinciones de Perry a las categorías de Dyzenhaus. La *deferencia como sumisión* estaría justificada cuando los tribunales tienen razones excluyentes ‘objetivas’ para deferir a favor de la opinión del legislativo o el ejecutivo (es decir, para aceptar como correcta la decisión del legislativo o el ejecutivo, incluso aunque el tribunal no hubiese llegado a dicha conclusión). Ésta es la posición de quienes creen que el legislativo democrático es la única institución del orden jurídico con legitimidad para producir Derecho. Según este enfoque, los jueces sólo deben tener en cuenta una razón de segundo orden para deferir: el hecho de que el legislador ha producido una orden. Este hecho exige deferencia sumisa o bien hacia el legislativo o bien hacia el órgano administrativo que ha autorizado el legislativo para interpretar su mandato. El intérprete debe centrarse en la cuestión del contenido de la disposición legislativa, sin entrar a indagar en cuáles fueron las razones de primer orden que se dieron para justificar dicha disposición, y mucho menos si tales razones efectivamente la justifican. La razón de segundo orden para deferir (la legitimidad democrática) excluye la consideración de las razones de primer orden por parte del tribunal revisor.

La *deferencia como respeto*, por el contrario, se basa en argumentos similares a las razones excluyentes ‘subjetivas’ para deferir a favor de la opinión del ejecutivo o el legislativo. Según esta concepción, las razones de segundo orden son, por un lado, los factores institucionales que sugieren que el legislativo o el ejecutivo están mejor situados para llegar a la respuesta correcta sobre un determinado asunto constitucional, y, por otro, los factores constitucionales que implican una mayor autoridad por parte de las instituciones políticas para decidir un asunto concreto de un modo más legítimo. Los factores institucionales y constitucionales obligan al agente decisor principal a ofrecer las razones de primer orden que hacen posible la deferencia como respeto. Los tribunales, por su parte, no deben considerar tales factores como si fueran razones para decidir si un asunto es o no justiciable o sujeto a revisión. Los factores relativos al conocimiento y la competencia, por ejemplo, no eximen al juez de indagar en la calidad del proceso de deliberación del agente decisor supuestamente experto en la materia.

¿Cuál es, entonces, el tipo de análisis que deben hacer los jueces? ¿Cómo conjugar los factores de deferencia con el análisis de proporcionalidad? En la revisión judicial, los dos

niveles de razones de primer y segundo orden deben combinarse en una sola indagación¹²⁹. Las razones de segundo orden, lejos de excluir la consideración de las razones de primer orden, invitan al tribunal a evaluar la calidad de tales razones. En una cultura de la justificación, la mera posibilidad de deferir es lo que hace necesario la evaluación de la calidad del razonamiento. Pero, al mismo tiempo, las razones de segundo orden orientan al tribunal en la dirección adecuada: es decir, averiguar si el agente decisor principal ha justificado su decisión, no si ésta es la que el tribunal habría adoptado si hubiese sido el agente decisor principal. La revisión judicial se limita a determinar si las razones del agente decisor principal son suficientes en una sociedad democrática¹³⁰.

El tribunal debe articular las razones para la deferencia con objeto de determinar el nivel de intensidad de su escrutinio. Cuanto más débiles sean las razones de segundo orden para la deferencia, mayor será el rigor con que habrá de evaluar las razones de primer orden; y, a la inversa, cuanto más fuertes sean las razones de segundo orden que respaldan la deferencia, menor será la justificación para una evaluación rigurosa de las razones de primer orden. En definitiva, se trata de una evaluación de carácter contextual, cuyo resultado varía en cada caso concreto. Lo cual no implica sumir la revisión judicial en una casuística sin orientaciones generales. Hunt describe en los siguientes términos el enfoque que deberían seguir los jueces en su análisis de la deferencia debida:

los tribunales deben enfocar la cuestión de la deferencia de un modo concentrado en el asunto específico, preguntando en primer lugar cuál es la materia concreta sobre la que el agente decisor principal ha tomado una decisión y hacia la que se pide ahora deferencia. Tras identificar cuidadosamente el asunto respecto al cual se pide deferencia, el tribunal debe preguntar, en relación a cada asunto específico que se identifique, cuánta deferencia, si cabe alguna, debe otorgarse al agente decisor principal [...] En el momento de determinar el grado de deferencia que debe otorgarse al agente decisor sobre los aspectos relevantes de su decisión, el tribunal debe articular los tipos de factores que pueden respaldar la deferencia de un agente decisor judicial, e identificar los factores específicos que están en juego a la hora de decidir cuánta deferencia es debida en las circunstancias particulares del caso¹³¹.

Este enfoque, que mezcla la articulación teórica de los factores de deferencia en general con los factores de deferencia específicos del caso en cuestión, es el típico de la metodología del *common law*. Según dicho enfoque, el contextualismo nunca desciende a

¹²⁹ Dyzenhaus (2007), 142.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Hunt (2003), 353.

tratar los casos como un cúmulo de instancias singulares, sino que entiende que, a lo largo del tiempo, los principios guía pueden emerger de las decisiones sobre los hechos de casos particulares, y pueden ayudar a agentes decisores y tribunales a tomar decisiones en el futuro. Como señala Taggart, en respuesta a las críticas de *Huang*, el desarrollo de una doctrina de la deferencia pasa por el análisis de los factores relevantes en cada caso concreto, extrayendo de ahí una serie de referencias o “postes de señalización” que pueden servir de guía para jueces y abogados en ulteriores casos.

es precisamente la articulación y aplicación de la deferencia en cada contexto particular lo que debe promoverse. Los tribunales, a través de la ponderación de los factores relevantes de deferencia, pueden calibrar apropiadamente la intensidad de la revisión en cada caso particular y, lo que es más importante, ofrecer alguna guía para abogados y ulteriores tribunales en el proceso. De este modo, lentamente, pero de forma segura, los tribunales ponen postes de señalización en el arcoíris o mapa de la revisión judicial. Abandonar esta tarea es, en mi opinión, una abdicación de responsabilidad¹³².

Un buen ejemplo de este tipo de análisis de deferencia lo encontramos en la resolución del Tribunal Supremo de British Columbia el caso *Carter v. Canada*¹³³. Se impugnaba en este caso la sección 241(b) del Código Penal, en la que se establecía una total prohibición del suicidio asistido por médicos. La impugnación se basaba en la supuesta infracción de la sección 15 de la Carta canadiense de 1982 (derechos a la igualdad y a la no discriminación) en las personas que, por sufrir una discapacidad física severa, no podían terminar con sus vidas sin ayuda de otros. Una vez probado que dicha prohibición suponía efectivamente una violación de un derecho fundamental, la juez Smith pasó a averiguar si esta violación podía justificarse bajo la sección 1. Según la juez, la disposición legal tenía un propósito “apremiante y sustancial” (prevenir a las personas vulnerables de ser inducidas al suicidio en un momento de debilidad) y estaba en conexión racional con él. Sin embargo, según la juez, la prohibición total suponía una medida desproporcionada, por cuanto que existía una forma “menos drástica” de lograr el propósito del legislativo. Dicha medida consistía en establecer una prohibición cuasi-absoluta con un sistema de excepciones estrictamente limitado y cuidadosamente controlado, de modo que únicamente las personas en la situación de los recurrentes (personas adultas, grave e irremediabilmente enfermas, plenamente informadas y libres de coerción) pudieran recibir ayuda de los médicos para morir. Por tanto, la medida del legislativo no superaba el test de necesidad ni el de

¹³² Taggart (2008), 460

¹³³ [2012] BCSC 886.

proporcionalidad en sentido estricto (los efectos dañinos en los derechos de los recurrentes no se compensaban con los beneficios en términos de bien común). En consecuencia, “y a pesar de otorgar la debida deferencia al Parlamento”, la juez concluyó que la prohibición absoluta de la legislación era inconstitucional.

Para llegar a esta conclusión, la juez Smith tuvo que entrar en el espinoso asunto del estándar de prueba, puesto que todo el caso giraba en torno a si se podía demostrar que una prohibición con excepciones ponía en peligro indefectiblemente a las personas más vulnerables. Como razones a favor de deferir a la decisión del Parlamento, la juez mencionó tres factores institucionales: el legislativo estaba en mejor posición para adoptar una medida social básica y compleja, que dividía a la opinión pública de Canadá; una decisión que, además, implicaba sopesar el sufrimiento de individuos concretos frente al potencial perjuicio para otros individuos desconocidos y para los valores sociales; y, por último, en un contexto en el que los potenciales daños y beneficios para la sociedad no eran susceptibles de una clara prueba científica. Según la juez, la responsabilidad principal de adoptar este tipo de medidas recaía en el legislativo democrático, por lo que el Tribunal debía proporcionar “un grado de deferencia” al Parlamento en su decisión de mantener una prohibición absoluta del suicidio asistido por médicos¹³⁴.

Sin embargo, la juez Smith añadió que “reconocer la necesidad de deferencia no permite al tribunal abandonar sus herramientas y poner fin al análisis”. En contra de la deferencia pesaba el hecho de que la prohibición absoluta incluida en el Código penal no era una “respuesta regulatoria compleja a un problema social”, sino una disposición legal que amenazaba directamente a la libertad de aquellos que no la cumpliesen¹³⁵. El tribunal debía cumplir su mandato constitucional de decidir, primero, si la medida del Parlamento estaba justificada en comparación con otras posibles medidas que evitasen la infracción y, segundo, si la medida imponía una “carga desproporcionada” sobre las personas gravemente enfermas y físicamente incapacitadas. Tras revisar todas las pruebas aportadas tanto por el Gobierno como por los recurrentes, así como la jurisprudencia de aquellos países donde no existía semejante prohibición, la juez concluyó que “los riesgos del daño en un régimen que permite la muerte asistida por médicos pueden ser minimizados considerablemente”. Por lo tanto, era factible una medida “menos drástica” que lograra el propósito del Gobierno a través de una prohibición con “un sistema estrictamente limitado y cuidadosamente controlado de

¹³⁴ Ibid., [1179]-[1180].

¹³⁵ Ibid., [1180].

excepciones”¹³⁶. Asimismo, tras evaluar los argumentos de las partes sobre los efectos de la prohibición absoluta, la juez dictaminó que los costes en términos de derechos no podían considerarse compensados por los beneficios y que, en todo caso, éstos podían mantenerse mediante una prohibición con excepciones¹³⁷. La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo de Canadá, donde fue ratificada por unanimidad¹³⁸.

Creo que puede ser instructivo comparar esta forma de aplicar la deferencia con la que adoptó el Tribunal Supremo del Reino Unido sobre el mismo asunto en *R (Nicklinson) v Ministry of Justice*¹³⁹. En este caso, los recurrentes solicitaban que se declarase como una medida incompatible con el artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada) la sección 2 de la Ley sobre el suicidio (*Suicide Act* 1961), en la que se imponía la “prohibición general” (“*blanket ban*”) del suicidio asistido. Todos los miembros del Tribunal estuvieron de acuerdo en que esta medida representaba una infracción, incluso una infracción grave, del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, por una mayoría de 7 sobre 2, el Tribunal decidió no emitir una declaración de incompatibilidad.

Dentro de la mayoría, sin embargo, los jueces se dividieron en dos grupos. El primero de ellos adoptó una actitud claramente sumisa hacia la decisión del Parlamento. Esta posición estuvo representada especialmente por Lord Sumption, según el cual existían tres razones que conducían a una deferencia total¹⁴⁰. En primer lugar, así lo imponía el factor de la legitimidad constitucional: se trataba de una cuestión que implicaba elegir entre dos valores morales fundamentales, pero mutuamente inconsistentes (el derecho a la vida privada de los recurrentes y el derecho a la vida de las personas vulnerables que trataba de proteger la ley), sobre la que no existía consenso en la opinión pública británica. Debía ser, por tanto, el legislativo democrático quien tomase una decisión, pues lo contrario implicaría imponer la opinión personal de los jueces sobre el asunto. En segundo lugar, dado que es el Parlamento el único legitimado para adoptar una decisión sobre este asunto, sólo si hubiese abdicado de su responsabilidad sería correcto emitir una declaración de incompatibilidad. Pero éste no era el caso. El Parlamento había decidido prohibir en general el suicidio asistido

¹³⁶ *Ibid.*, [1240], [1243].

¹³⁷ *Ibid.*, [1264]-[1285].

¹³⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)* [2015] 1 S.C.R. 332.

¹³⁹ *Nicklinson*, *supra* nota 81.

¹⁴⁰ Hasta tal punto considera el asunto como no justiciable que encabeza las razones que arriba se analizan con el expresivo título: “¿El Parlamento o los tribunales?”. No hay lugar, pues, desde este punto de vista, para una deliberación conjunta de legisladores y jueces.

en 1961 y se había reafirmado en dicha posición tras un largo debate en 2009¹⁴¹. Por último, concurrían también aquí los factores institucionales: según el juez, el proceso parlamentario era la mejor manera de resolver dilemas morales y sociales de los que se derivan complejas cuestiones de prueba. El legislativo estaba mejor posicionado que los tribunales para acceder al dictamen de expertos, así como para tener en cuenta un mayor número de intereses sociales¹⁴².

El segundo grupo dentro de la mayoría, aunque respaldó la no declaración de incompatibilidad, se mostró más exigente en cuanto a las condiciones que debía cumplir el Gobierno para ganarse el respeto del Tribunal. Así, Lord Neuberger argumentó que en este caso se daban las circunstancias para emitir una declaración de incompatibilidad, a pesar de lo cual entraba dentro de la discrecionalidad del Tribunal no hacer este tipo de declaraciones cuando no lo consideraba apropiado, en atención a los factores de competencia institucional y legitimidad. En su lugar, se debía otorgar al Parlamento la oportunidad de pronunciarse sobre si la prohibición legal debía relajarse o modificarse y, en su caso, en qué términos, bajo la advertencia de que, si no lo hiciera de manera satisfactoria, y en un tiempo razonable, existía “una perspectiva real” de que tal declaración se produciría¹⁴³. En este sentido, el juez incluso apuntó un posible esquema de revisión judicial con la intención de asegurar que el deseo de suicidarse de una persona fuese “voluntario, claro, determinado e informado”¹⁴⁴.

Tan sólo los jueces que quedaron en minoría, Lady Hale y Lord Kerr, llevaron a cabo el análisis de proporcionalidad, concluyendo ambos con una declaración de incompatibilidad sobre la base de que la falta de excepciones de la prohibición sobre el suicidio asistido no representaba una justa ponderación entre los derechos de los individuos y el interés público¹⁴⁵. Según ambos jueces, cabía considerar al Parlamento como el único foro en el que podía encontrarse una solución que lograra hacer compatible la ley con la Convención. Nadie planteaba, bajo la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos, la posibilidad de hacer una interpretación correctiva de la disposición impugnada para despejar toda incompatibilidad de la ley con los derechos de los recurrentes. Sin embargo, era deber del Tribunal hacer su propio juicio sobre la base del material presentado a pesar de la

¹⁴¹ Como consecuencia de tal debate parlamentario, se promulgó la *Coroners and Justice Act* 2009, en cuya sección 59(2) se volvía a condenar como un delito grave la asistencia a otra persona para que termine con su vida.

¹⁴² *Nicklinson*, supra nota 81, [230]-[232].

¹⁴³ *Ibid.*, [111]-[118].

¹⁴⁴ *Ibid.*, [123]. Lord Wilson desarrolla este esquema en [205] ofreciendo algunos factores de análisis, con la intención de colaborar en la reforma de la ley, al “permitir al Parlamento apreciar la naturaleza escrupulosa de cualquier investigación factual” que trate de satisfacer a los jueces.

¹⁴⁵ *Ibid.*, [317] y [361], respectivamente.

complejidad del caso¹⁴⁶. La deferencia debida a la legitimidad constitucional y la capacidad institucional del Parlamento no impedía al Tribunal llegar a sus propias conclusiones.

i) Factores formales relevantes en diferentes contextos

Como ya vimos, cabe agrupar todos los factores formales que son relevantes para determinar la deferencia judicial en dos grandes apartados: el conocimiento y la competencia institucional relativa (consideraciones institucionales) y la legitimidad democrática (o consideraciones constitucionales). A continuación, analizaré algunos casos concretos donde aparecen estos factores en tres contextos en los que tradicionalmente los jueces han tendido a adoptar una actitud sumisa hacia el legislador y el ejecutivo: la seguridad nacional, el control de inmigración y la política social y económica.

- Seguridad nacional

Éste es seguramente el contexto más proclive a la deferencia como sumisión. Las decisiones sobre seguridad nacional se han considerado tradicionalmente como asuntos de carácter político, que requieren el manejo de información ‘sensible’ y que, por tanto, no pueden quedar sujetas a la revisión judicial¹⁴⁷. Como apunta Kavanagh, los asuntos de seguridad nacional plantean un difícil dilema a los tribunales: por una parte, los jueces tienen el mandato constitucional de garantizar que las decisiones del legislativo y el ejecutivo cumplan con el imperio de la Ley y con los derechos fundamentales; por otra, tienen que reconocer la especial capacidad y legitimidad de las ramas electas para tomar decisiones en esta área y por tanto la deferencia substancial que merecen dichas decisiones. Este dilema se ve agravado por el carácter secreto que suelen tener muchas de las cuestiones de seguridad nacional. Cuanto menor sea la capacidad del tribunal para acceder a la información sobre la que se realizó la decisión que ha de revisar, más razón tendrá para deferir a favor del decisor principal. La deferencia es una respuesta racional ante la incertidumbre, y cuando ésta es muy elevada, puede considerarse la única respuesta racional. A esta razón de segundo orden para la deferencia habría que adjuntar las terribles consecuencias que podría tener un error

¹⁴⁶ *Ibíd.*, [300] y [347], respectivamente.

¹⁴⁷ Ésta es la tesis central de la denominada doctrina de los actos políticos, según la cual cabe distinguir con toda nitidez los actos de dirección política (propios y exclusivos del Gobierno) de los actos de administración (propios de las Administraciones Públicas), de modo que, mientras los segundos se someten a control judicial, los primeros deben someterse exclusivamente a control parlamentario, véase Ruiz Risueño (2012), 133-152.

en la evaluación de las medidas, así como la naturaleza preventiva que suelen tener las decisiones en este contexto¹⁴⁸.

Estos factores son los que, por ejemplo, llevaron a la mayoría de la Cámara de los Lores a deferir a la opinión del Gobierno en el caso *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*¹⁴⁹. En este caso, se trataba de saber si un ciudadano pakistaní suponía un riesgo para la seguridad nacional, y por tanto si estaba o no justificada su deportación del Reino Unido. La Cámara decidió unánimemente que era adecuado otorgar una deferencia sustancial (“*a great weight*”) a la valoración del Ministerio del Interior (*Secretary of State*), según la cual la deportación era “conducente al bien público” establecido en la sección 3 de la Ley de Inmigración de 1971. En su voto en nombre de la mayoría, Lord Synn afirmó que el riesgo para la seguridad nacional no debía entenderse, como pretendía el apelante, en sentido estrecho, es decir, como un peligro “directo e inmediato”, sino como la “posibilidad real de un efecto dañino sobre el Reino Unido a raíz de la actividad realizada por el individuo bajo escrutinio”. Ahora bien, la existencia efectiva de dicha posibilidad real debía considerarse como “una cuestión que ha de ser sopesada por el Ministerio del Interior y ponderada frente a la posible injusticia hacia ese individuo en caso de que la orden de deportación se cursara”¹⁵⁰. Esta actitud deferente no sólo respondía a que era el Gobierno el que estaba “indudablemente en la mejor posición para juzgar qué requiere la seguridad nacional”¹⁵¹, sino también al carácter preventivo de las medidas de deportación. “Éste es particularmente un área en el que creo que el Ministerio de Interior puede afirmar que está justificada una acción preventiva”¹⁵².

No obstante, la mayoría reconoció que la decisión del Gobierno estaba sujeta a revisión, es decir, no caía fuera de la competencia del tribunal¹⁵³. A pesar de ello, lo cierto es que los jueces no entraron a evaluar la proporcionalidad de la medida frente a la posible injusticia causada al apelante. Para ello, habrían tenido que reclamar mayor información sobre las actividades y conexiones del individuo en cuestión, así como evaluar la magnitud y probabilidad del peligro que suponían tales actividades para la seguridad nacional. En lugar de ello, prefirieron deferir a las estimaciones del Gobierno.

No creo, sin embargo, que quepa definir la actitud de la mayoría como sumisa. Lo demuestra el hecho de que, en claro contraste con la opinión mayoritaria, Lord Hoffman

¹⁴⁸ Kavanagh (2009), 211-215.

¹⁴⁹ [2001] UKHL 47

¹⁵⁰ Ibid., [16].

¹⁵¹ Ibid., [26].

¹⁵² Ibid., [17].

¹⁵³ Ibid., [26] (Lord Synn), [31] (Lord Steyn).

mantuvo una posición mucho más cercana a la deferencia absoluta o completa. En su voto particular, Lord Hoffman aseguró que el principio de separación de poderes establecía una serie de “límites constitucionales” por los que el tribunal revisor “no está legitimado para diferir de las estimaciones del Ministerio del Interior” respecto a los que supone un peligro para los intereses de la seguridad nacional¹⁵⁴. Este enfoque equivale a una completa deferencia que impide la revisión judicial en estas materias. Como señala Dyzenhaus, supone vaciar la revisión judicial de casi toda sustancia, dando al ejecutivo la capacidad para decir que opera bajo el imperio de la Ley cuando de hecho está en gran medida liberado de toda restricción legal. Esta postura supone una rígida visión de la separación de poderes, según la cual los tres poderes del Estado tienen el monopolio en sus respectivas áreas de actuación (producción, interpretación y aplicación de las leyes, respectivamente).

El caso *Belmarsh*¹⁵⁵, que analizamos en la primera parte de este trabajo¹⁵⁶, supuso un gran avance en el enfoque de la deferencia como respeto. En el proceso de tramitación de la disposición legal impugnada (la Ley antiterrorista de 2001), el Ministerio de Interior (*Home Secretary*) notificó a la Secretaría General del Consejo de Europa su intención de tomar medidas para derogar el artículo 5 del Convenio que impide tal detención indefinida. El Gobierno justificó su decisión a través del artículo 15(1) del Convenio:

En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

Sobre esta base, el Fiscal General argumentó que correspondía a las instituciones políticas valorar la amenaza a la que se enfrentaba la nación, por lo que era a ellos a quienes correspondía decidir la respuesta necesaria para proteger la seguridad nacional, y no a los tribunales. En otras palabras, el Gobierno vino a decir que tanto la cuestión sobre si existe o no un estado de excepción, como la cuestión sobre la respuesta más adecuada a dicha situación, son asuntos tan esencialmente políticos que los jueces deben someterse a la decisión del gobierno y el parlamento sin examinar la base de tal decisión. Los tribunales no pueden usurpar la autoridad que pertenece a otras instancias.

¹⁵⁴ *Ibid.*, [49], [53].

¹⁵⁵ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

¹⁵⁶ Capítulo 2, sección D, apartado b).

Este argumento fue rotundamente rechazado por la mayoría de la Cámara. Lord Bingham no aceptó la distinción entre las instituciones democráticas y los tribunales. Sin embargo, no invocó la Ley de Derechos Humanos de 1998 para respaldar la autoridad de los jueces en la revisión de la legalidad de las medidas, sino que apeló a la naturaleza misma de la democracia: “la función de los jueces independientes encargados de interpretar y aplicar el Derecho es universalmente reconocido como un rasgo cardinal del Estado democrático contemporáneo, una piedra angular del imperio de la ley”. No era aceptable, pues, en ningún caso, “estigmatizar como antidemocrática la toma judicial de decisiones”¹⁵⁷. Esta forma de justificar la autoridad de los jueces para revisar la compatibilidad de la legislación y las decisiones ejecutivas con los derechos humanos y el imperio de la Ley, es especialmente relevante. Al no invocar ninguna ley en concreto, sino la naturaleza constitucional del Estado democrático, el juez asumió que un orden jurídico democrático es de por sí un orden constitucional en el que los jueces tienen autoridad para realizar dicha revisión¹⁵⁸.

Pero estas afirmaciones de Bingham se referían únicamente al escrutinio de la respuesta del legislativo ante la amenaza terrorista, es decir, a la evaluación de la sección 23 de la Ley antiterrorista de 2001, que permitía la detención indefinida de extranjeros sin tutela judicial efectiva. En cambio, dicha actitud se consideró inadecuada respecto a la decisión del Gobierno de declarar el estado de excepción según el artículo 15 del Convenio europeo de derechos humanos (es decir, el artículo que justifica la derogación del artículo 5 del Convenio que prohíbe las detenciones indefinidas). Para esta cuestión, la mayoría mantuvo que, si había alguna razón para declarar un estado de excepción, debía aplicarse el enfoque de Lord Hoffman en *Rehman*, es decir, que los jueces debían otorgar al Gobierno el beneficio de la duda en tanto que no fuera irracional afirmar que había un estado de excepción¹⁵⁹.

Sin embargo, para decidir si la respuesta del Gobierno fue razonable o proporcional, la Cámara tuvo que revisar implícitamente la decisión sobre la magnitud y el tipo de excepción, es decir, no pudo evitar juzgar si existía un estado de excepción que justificase la aplicación de medidas excepcionales. Los jueces asumieron, por tanto, que la cuestión era ‘justiciable’, pero su revisión fue tan poco rigurosa que, como señala Dyzenhaus, hubiera

¹⁵⁷ A., supra nota 155, [42].

¹⁵⁸ Dyzenhaus (2007), 127-128.

¹⁵⁹ A., supra nota 155, [29] (Lord Bingham); [112] (Lord Hope); [175] (Lord Rodger).

sido mejor la calificación del asunto como ‘no-justiciable’, poniendo así de relieve que la decisión del Gobierno no estaba bajo el control del imperio de la Ley¹⁶⁰.

Sin duda, la cuestión a la que se enfrentaban los jueces en este caso era de una extrema dificultad. Se trataba de averiguar si la amenaza efectiva de ataques terroristas a la que se enfrentaba el Reino Unido, y los posteriores ataques reales, equivalían al estado de excepción según la definición del artículo 15 del Convenio. Sin embargo, en lugar de debatir el asunto, la mayoría de la Cámara optó por deferir sin más a favor de la estimación del Gobierno, a pesar de que en algunos de los votos de la mayoría se expresaron dudas sobre el asunto¹⁶¹. Para respaldar su actitud deferente, los jueces invocaron dos razones. En primer lugar, que la declaración del Gobierno del estado de excepción estuvo basada en material confidencial del que no disponía el tribunal¹⁶². En segundo lugar, que el Tribunal de Estrasburgo había declarado en varias decisiones que este tipo de estimaciones corresponde a los Estados miembros y no al propio Tribunal.

Pero ninguna de las dos razones se sostiene. Respecto a la primera, los jueces podían haber pedido más pruebas para despejar las dudas que ellos mismos reconocieron tener, y que habían surgido también en sede parlamentaria, respecto a la declaración del Gobierno del estado de excepción. Respecto a la segunda, no es comparable la posición del más alto tribunal del Reino Unido, que ha de controlar las decisiones de su Gobierno, con la de un tribunal supraestatal que defiende a favor de una decisión gubernamental que ha resistido los recursos ante los tribunales nacionales de ese Gobierno. Esta distinción fue puesta de relieve por algunos de los jueces en su voto particular¹⁶³.

En definitiva, creo que la mayoría de la Cámara actuó incorrectamente al dejar de exigir al Gobierno que justificase adecuadamente su petición de deferencia, lo cual impidió un escrutinio judicial adecuado de las razones que subyacían a la declaración gubernamental del estado de excepción. Era necesario disponer de una información más detallada para poder hacer un escrutinio independiente de las afirmaciones del Gobierno sobre lo que requería el interés de la seguridad nacional. La proporcionalidad de las medidas para proteger la seguridad nacional sólo puede evaluarse adecuadamente si se dispone de información suficiente sobre la naturaleza, escala y probabilidad de la amenaza¹⁶⁴. Además, esta exigencia de información debe ser también una regla para el legislativo cuando el

¹⁶⁰ Dyzenhaus (2007), 128.

¹⁶¹ *A.*, supra nota 155, [104] (Lord Bingham); [151] (Lord Scott); [155] (Lord Rodger).

¹⁶² *Ibid.*, [117] (Lord Hope).

¹⁶³ *Ibid.*, 112-113 (Lord Bingham) y 139 (Lord Hope).

¹⁶⁴ Dyzenhaus (2007), 146.

ejecutivo desea la promulgación de medidas legislativas excepcionales en respuesta a la amenaza terrorista. De hecho, todo el material que se pueda producir en la tramitación de tales medidas con objeto de determinar su compatibilidad con los derechos protegidos, debería ser relevante para los tribunales en la revisión posterior de tales medidas¹⁶⁵.

- Control migratorio

En este contexto se produjo uno de los esfuerzos más notorios de la Cámara de los Lores para abordar la cuestión de la deferencia debida bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998. Fue con ocasión del caso *International Transport Roth v Secretary of State for the Home Department*¹⁶⁶. En *Roth*, el colectivo de los transportistas impugnó el régimen penalizador contenido en la Parte II de la Ley de inmigración y asilo de 1999 (*Immigration and Asylum Act*), donde se establecían una serie de penalizaciones económicas a los responsables de la entrada de inmigrantes clandestinos en el Reino Unido. La impugnación se basaba en que la medida suponía una violación del artículo 6(1) del Convenio y del artículo 1 del Protocolo 1, y se apoyaba en rasgos de la disposición que se reputaban como desproporcionalmente gravosos para los transportistas: primero, la carga de demostrar su inocencia recaía sobre ellos; segundo, las multas eran fijas, sin ningún tipo de flexibilidad que atendiese al grado de culpabilidad o a posibles circunstancias atenuantes; y tercero, no se preveía ningún tipo de compensación para cuando el transportista era considerado no culpable y su vehículo había sido retenido durante el procedimiento.

El Tribunal de Apelación sostuvo por 2 a 1 la declaración de incompatibilidad que había dictado el juez de primera instancia. Se trataba de un caso que implicaba la revisión judicial de un área de la legislación muy sensible políticamente, y donde la evidencia empírica mostraba que la legislación había sido efectiva en la reducción de número de entradas clandestinas en el país. El caso produjo una cuidadosa consideración de la cuestión abierta en *Daly*: ¿cuándo deben deferir los tribunales a favor de los agentes decisores democráticos y cuándo es apropiado que intervengan con sus decisiones? *Roth* es especialmente instructivo en este sentido, porque las dos concepciones de la deferencia, como sumisión y como respeto, aparecieron en las opiniones enfrentadas de Lord Laws y Lord Simon Brown, respectivamente.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 152-153.

¹⁶⁶ [2002] EWCA Civ. 158.

En su voto particular disidente de la mayoría, Lord Laws estableció cuatro principios para determinar el grado de deferencia judicial¹⁶⁷: en primer lugar, las leyes del Parlamento merecen mayor deferencia que las decisiones ejecutivas o administrativas; en segundo lugar, el margen para la deferencia es mayor cuando el derecho en juego está cualificado y el Convenio mismo exige realizar un juicio de ponderación; en tercer lugar, la deferencia debida está más justificada cuando la cuestión cae dentro de la responsabilidad constitucional de los poderes democráticos; y en cuarto lugar, el grado de deferencia dependerá de si la cuestión puede considerarse más fácilmente dentro del conocimiento y la experiencia de los poderes democráticos o de los tribunales. A partir de estos principios, el juez concluyó que el control efectivo de clandestinos en el país caía “obviamente más dentro de la competencia del gobierno que de los tribunales”¹⁶⁸.

Pero al concluir que la evaluación de estas cuestiones (es decir, “las consecuencias sociales que se siguen de la entrada masiva en el país de inmigrantes ilegales clandestinos”) estaba “obviamente” mucho más dentro de la competencia del Gobierno que de los tribunales, y que los principios de deferencia en este caso requerían aceptar la ponderación hecha por los poderes democráticos, Laws renunció a revisar la justificación de la medida. Es decir, se valió de los factores de deferencia para evitar la aplicación del análisis de proporcionalidad. Con ello, perdió de vista la idea principal de una cultura de la justificación: toda decisión de los poderes públicos ha de someterse a un riguroso proceso de justificación pública de las razones que avalan dicha decisión.

Según Hunt, la posición de Laws en *Roth* respecto a la deferencia judicial se basa en dos presupuestos que conducen inevitablemente a una actitud excesivamente sumisa de los jueces frente a las institucionales políticas¹⁶⁹. Por un lado, presupone una antítesis entre los derechos constitucionales (o la supremacía constitucional) y la soberanía parlamentaria, lo cual provoca una interpretación defectuosa de la tarea de los jueces cuando revisan una decisión pública a efectos de decidir su compatibilidad con un derecho constitucional. Laws describe la revisión judicial como un juicio de ponderación entre, por un lado, los reclamos del legislativo democrático y, por otro, los reclamos de los derechos constitucionales. Sin embargo, dicha antítesis no existe: la valoración de los reclamos de los poderes democráticos en orden a obtener la deferencia judicial es una parte integral del análisis que hacen los tribunales de la violación de derechos. El tribunal no decide primero,

¹⁶⁷ Ibid., [83]-[87].

¹⁶⁸ Ibid., [87], [109].

¹⁶⁹ Hunt (2003), 359-360.

independientemente de las consideraciones democráticas, si ha existido una violación de un derecho, para luego, en un segundo momento, calibrar ese juicio sustantivo frente a los reclamos del legislador democrático. En un Estado constitucional, el parlamento y el gobierno se suponen comprometidos con los derechos constitucionales; por lo tanto, la cuestión de la deferencia ha de considerarse como una parte integral de la evaluación de legalidad que realizan los tribunales.

Por otro lado, la posición de Laws presupone una concepción espacial o territorial de la división de poderes entre los tribunales y los agentes decisores democráticos: ciertas materias, como la seguridad de las fronteras del Estado (incluyendo el control migratorio) se suponen dentro de la responsabilidad del ejecutivo, mientras que otras materias, como la justicia penal, caen dentro de la responsabilidad de los tribunales. El grado de deferencia dependerá, según esta concepción, de si el contenido de la medida está dentro de una u otra de estas áreas de especial responsabilidad. Pero, como ya vimos, no es posible distinguir por materias la responsabilidad relativa de cada poder del Estado, por cuanto que en la mayoría de los casos las mismas materias aparecen en diferentes áreas de responsabilidad.

La posición de Laws contrasta abiertamente con el enfoque de Lord Simon Brown, para quien la ponderación de los factores de deferencia no impide el escrutinio efectivo de la medida y su justificación. En su voto particular, Simon Brown empezó reconociendo un alto grado de deferencia al legislativo en la determinación de la legalidad de la disposición legislativa, a pesar de lo cual sostuvo que, bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998, los tribunales no pueden abdicar de sus funciones como guardianes de los derechos y que, por tanto, deben intervenir si comprueban que el legislativo ha sobrepasado el límite de lo justificable¹⁷⁰. Y para saber si se ha sobrepasado ese límite, los tribunales no pueden evitar llevar a cabo un adecuado escrutinio de las decisiones y su justificación. En este caso, tras realizar dicho escrutinio, Simon Brown concluyó que la disposición legal era injusta, por cuanto imponía a los transportistas una carga excesiva con objeto de lograr el fin social perseguido. Como consecuencia, el juez acordó su declaración de incompatibilidad.

Como afirma Hunt, la posición del juez Simon Brown en *Roth* presupone que la deferencia “no es una cuestión de sumisión a los agentes decisores democráticos en áreas de decisión que están especialmente dentro de su responsabilidad, sino que es algo que dichos decisores deben ganarse, y el grado en que se lo ganen dependerá de una variedad de factores que el tribunal ha de pesar cuidadosamente”¹⁷¹. Los factores que el juez tomó en

¹⁷⁰ *Roth*, supra nota 166, [26]-[29].

¹⁷¹ Hunt (2007), 361.

consideración para alcanzar su conclusión sobre la deferencia incluyeron la importancia del fin social perseguido y el hecho de que el legislativo y el ejecutivo son democráticamente responsables. Sin embargo, al final, aunque tales factores parecían poner la balanza a favor del Parlamento, no fueron decisivos para conseguir el respeto del tribunal, debido a la gravedad de la infracción de los derechos de los transportistas.

Por otra parte, en el caso *Roth* se daba otro factor de deferencia (la competencia institucional relativa) que impedía al Tribunal tratar de salvar la disposición legal mediante una interpretación bajo la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos. En efecto, el Tribunal reconoció que el cambio que requería la disposición impugnada tenía unas implicaciones políticas y sociales que no podían ser atendidas por la interpretación judicial, y que exigían la reforma legislativa. Como señaló Simon Brown, “no podemos crear un esquema completamente diferente con objeto de ofrecer una forma alternativa aceptable de control migratorio. Esto debe ser tarea del Parlamento mismo”¹⁷².

- Política social y económica

Otro contexto donde pueden apreciarse los dos enfoques hacia la deferencia es en el de la política social y económica del gobierno. Como ejemplo de deferencia como sumisión se suele citar *Poplar Housing Association v. Donoghue*¹⁷³. En este caso, la cuestión era si el procedimiento judicial para la recuperación de una casa establecido en la Ley de vivienda (*Housing Act* 1988) era contrario al artículo 8 del Convenio. El razonamiento de Lord Woolf en el Tribunal de Apelación se basó en la necesidad de reconocer que las implicaciones económicas y de otra índole de cualquier legislación en este contexto “son extremadamente complejas y de largo alcance”, y que la inferior pericia de los tribunales respecto a estos temas exigía deferir sustancialmente al criterio del legislativo. No obstante, como señala Kavanagh, hay dos factores por los que cabría considerar esta decisión como un ejemplo de deferencia como respeto, no como sumisión. Por una parte, el Tribunal no estaba seguro de las posibles consecuencias de una interpretación correctiva de la ley (bajo la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos) a favor del apelante. La incertidumbre es un factor que aumenta la justificación de deferir a favor de quien está mejor preparado para juzgar. Por otra, la disposición impugnada formaba parte de un plan legislativo global donde se establecía un

¹⁷² *Roth*, supra nota 166, [18].

¹⁷³ [2001] EWCA Civ. 595. Hunt (2003), 368, por ejemplo, considera este caso como un ejemplo en el que los jueces tienden a considerar como concluyente el hecho de que la decisión impugnada cae dentro de un área en la que el Gobierno tiene una especial responsabilidad.

difícil equilibrio entre las diferentes demandas en torno a la vivienda social, y en conexión con otra compleja legislación sobre diversos temas. Por lo tanto, el factor de la falta de competencia institucional se sumaba a la insuficiente pericia en la materia¹⁷⁴.

Con todo, existen otros casos donde los tribunales analizaron más cuidadosamente los reclamos de deferencia basados únicamente en el hecho de que la decisión impugnada se había tomado en el contexto de la política social y económica. Un buen ejemplo es *Wilson v First County Trust*¹⁷⁵, donde se discutía la compatibilidad con el artículo 6 del Convenio de una disposición de la Ley de crédito al consumo (*Consumer Credit Act* 1974). En este caso, el Ministerio de Interior reclamó la deferencia del Tribunal de Apelación argumentando que la legislación impugnada trataba sobre cuestiones sociales, y que el asunto caía dentro de un área en la que los tribunales debían estar dispuestos a deferir, por razones democráticas, hacia la opinión de las instituciones políticas. La respuesta del Tribunal fue rechazar este argumento mediante una afirmación robusta de la distinción entre los dos tipos de deferencia, así como del papel central que han de tener las razones en una cultura de la justificación:

Reconocemos la fuerza de tales argumentos. Pero, a menos que la deferencia deba equiparse a una aceptación incondicional, el argumento de que un asunto de política social cae dentro de un área de discrecionalidad que los tribunales deben respetar reconoce, a nuestro parecer, la necesidad del tribunal de identificar el asunto particular de política social que la legislatura o el ejecutivo pensó necesario afrontar, y el razonamiento que condujo a que el asunto fuera tratado de la forma en que se hizo. Una cosa es aceptar la necesidad de deferir a una opinión que puede verse como el producto de una consideración razonada basada en directrices políticas, y otra que se requiera aceptar, sin mayor cuestionamiento, una opinión para la que no se ha ofrecido razón alguna¹⁷⁶.

ii) Factores sustantivos relevantes en el caso del voto de los presos

Anteriormente señalé la existencia de dos factores sustantivos relevantes para el análisis judicial de la deferencia: la importancia del derecho infringido y la gravedad de la infracción. Ahora quisiera añadir que, para una concepción colaborativa de la revisión judicial, el deber de justificación de las limitaciones de derechos es especialmente severo en

¹⁷⁴ Kavanagh (2009), 189-190.

¹⁷⁵ [2001] EWCA Civ. 633.

¹⁷⁶ *Ibid.*, [33]. Citado en Hunt (2003), 368.

dos tipos de casos: cuando se restringen los derechos de participación política, y cuando las limitaciones perjudican a grupos sociales vulnerables que han sufrido discriminación sistemática en el pasado. A continuación, analizaré un caso en que confluyen estos dos factores: el derecho al voto de los presos en Canadá.

El colectivo de los presos supone, sin duda, “un grupo social vulnerable, que ha sido discriminado tradicionalmente y que en la actualidad padece aún desigualdades de hecho que le impiden actuar con plenitud en los diversos sectores de la vida social y política”¹⁷⁷. Como señala Ferreres, cuando la ley afecta desfavorablemente a un grupo vulnerable, el tribunal tiene razones para sospechar que la mayoría parlamentaria no ha sopesado con igualdad sus intereses¹⁷⁸. Por ello, deberá aplicar el criterio de razonabilidad con mayor severidad, exigiendo a los poderes públicos un grado mayor de justificación y, hasta donde sea posible, de prueba. El tribunal deberá presumir la inconstitucionalidad de la ley que afecta desfavorablemente a esos grupos y deberá exigir al legislador que sea altamente convincente al defender los juicios que la ley incorpora implícitamente acerca de la legitimidad del fin perseguido y de la adecuación y proporcionalidad de los medios empleados¹⁷⁹.

En el caso *Sauvé*, que ya analizamos en la primera parte de este trabajo, el Tribunal Supremo canadiense tuvo que decidir hasta por dos veces sobre la constitucionalidad de una disposición legal (la sección 51(e) de la Ley electoral) que privaba del voto a los presos. En la segunda ocasión, la medida impugnada privaba de ese derecho únicamente a los condenados a dos o más años de reclusión¹⁸⁰. Ante la impugnación de esta nueva medida menos restrictiva, la mayoritaria del Tribunal, representada por la juez McLachlin, mantuvo su calificación de inconstitucional por cuanto que infringía un derecho especialmente relevante para la integridad del sistema democrático, y estaba respaldada, según los jueces, por una especial carga justificativa. La opinión minoritaria, en cambio, representada por el juez Gonthier, defendió la medida como parte de la política electoral y penitenciaria del Gobierno, el cual había tenido en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la privación de derechos y había elegido su solución dentro del rango de alternativas razonables. Según la posición de Gonthier, las consideraciones de legitimidad democrática, especialmente

¹⁷⁷ Ferreres (1997), 250.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ En la sección anterior de este capítulo ya se hizo mención al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, supra nota 56, donde se declaró que la prohibición absoluta de todos los internos en cárceles británicas para ejercer el derecho al voto era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁸⁰ *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)* [2002] SCC 68.

cuando vienen avaladas por un debate democrático intenso, debían llevar de manera automática a la autorestricción de los tribunales¹⁸¹.

Sin embargo, como explica Dyzenhaus, el debate que se llevó a cabo en el Parlamento federal tras la primera anulación de la sección impugnada, distó mucho de ser un ejemplo de deliberación basada en principios y consideraciones morales¹⁸². Los partidarios de la privación del derecho al voto a los presos se limitaron a afirmar que dicha medida era por definición un castigo apropiado para aquellos que habían transgredido las leyes de la sociedad, y especialmente para lo que habían cometido las transgresiones más graves. A su vez, los defensores de erradicar por completo esta medida no buscaron la forma de justificar la limitación de un derecho constitucional, sino que trataron meramente de encontrar un límite que pudiera valer como un compromiso políticamente aceptable entre la privación total y la no privación. Es decir, nadie planteó la cuestión a partir de la premisa de que los presos tenían un derecho protegido por la legislación canadiense, y que recaía en el Parlamento la obligación de justificar cualquier infracción de ese derecho. De este modo, igual que en el caso *Denbigh* que vimos más arriba, el defecto en la forma de enfocar el asunto redundó finalmente en una decisión sustancialmente injustificada.

La posición de McLachlin, en cambio, encaja con el papel que se exige a los tribunales un modelo colaborativo de revisión judicial. Según este modelo, las decisiones relativas a los derechos humanos deben realizarse por las instituciones representativas, pero deben hacerse mediante una deliberación disciplinada por principios. El papel que pueden jugar en este sentido los tribunales es muy importante, puesto que tienen la capacidad y la posición institucional adecuadas para asegurar que las decisiones públicas se adoptan efectivamente de manera deliberativa. Según McLachlin, ni el Parlamento ni el Gobierno habían logrado demostrar que la medida restrictiva del derecho al voto estaba justificada. Sin embargo, cabe preguntarse si alguna justificación hubiera podido lograr convencer a los jueces de la constitucionalidad de una medida semejante. Para ello, los argumentos del Parlamento y el Gobierno tendrían que haber comenzado por asumir que la Carta de 1982 reconoce a los presos el derecho al voto. Al no hacerlo así, sus argumentos no parecían dirigidos a justificar la limitación de un derecho, sino a negar total o parcialmente la existencia de ese derecho.

Según la Constitución canadiense, los derechos democráticos pueden limitarse a través de la sección 1 de la Carta, es decir, mediante una “limitación razonable

¹⁸¹ *Ibid.*, [104].

¹⁸² Dyzenhaus (2015), 441.

probablemente justificada en una sociedad libre y democrática”. En cambio, forman parte del conjunto de derechos protegidos de la aplicación de la cláusula ‘*notwithstanding*’, establecida en la sección 33. Por tanto, en la interpretación del alcance de estos derechos, el Tribunal Supremo tiene la última palabra. Sin embargo, como insistí al discutir con los defensores del constitucionalismo político, más importante que decidir qué institución debe tener la última palabra, es identificar qué estructura institucional es la más adecuada para que las limitaciones de los derechos fundamentales se justifiquen adecuadamente. En este sentido, el modelo colaborativo trata de reunir las ventajas de sus adversarios, sin asumir sus defectos. Así, frente al modelo de la supremacía parlamentaria, reconoce a los jueces la capacidad para exigir a los legisladores el cumplimiento efectivo de su deber de justificación, incluso, como en este caso, invalidando o declarando incompatible las decisiones que no satisfacen dicha exigencia. Al mismo tiempo, frente al modelo de la supremacía judicial, no defiende la intervención de los tribunales con objeto de lograr la mejor interpretación posible de los derechos, sino como una forma de garantizar un proceso adecuado y público de justificación. La idea de la deferencia debida sólo es posible dentro de este proceso, en donde la justificación no se concibe como una disputa entre interpretaciones, sino como una empresa colaborativa.

C. La unidad del Derecho público

En este último apartado sobre la proporcionalidad y la deferencia en el modelo colaborativo, voy a tratar de defender que la expansión o irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del Derecho exige aplicar esta metodología para el escrutinio de la justificación de (virtualmente) todas las decisiones de los poderes públicos, y no solamente de aquellos en los que aparecen explícitamente los derechos fundamentales.

Por una parte, cabría pensar que es un error importar una metodología originalmente ideada en el ámbito del Derecho administrativo dentro el territorio del Derecho constitucional. El hecho de ofrecer al Estado la oportunidad de justificar su limitación de los derechos para promover sus objetivos puede parecer que socava el fin para el que se protegen los derechos legalmente, desactivando el papel central de los jueces en su protección. Más que la ‘constitucionalización’ del Derecho administrativo, estaríamos ante la ‘administralización’ del Derecho constitucional: los derechos ya no serían garantías contra la acción inconstitucional del Estado, sino que se reducirían a meros intereses fácilmente superables por consideraciones de eficiencia administrativa. Por lo tanto, según esta visión,

lo mejor para una correcta protección de los derechos básicos sería expulsar cualquier idea de deferencia debida en favor de la interpretación administrativa de los derechos, manteniendo así el monopolio de los jueces en materia de derechos fundamentales.

Por otra parte, también se podría argumentar en el sentido contrario. Es decir, dado que el análisis de proporcionalidad se ha desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX en el contexto de la protección judicial de los derechos fundamentales legalmente protegidos, su implantación en el Derecho administrativo no tiene por qué ser necesariamente beneficiosa; puede tener el efecto de ‘constitucionalizar’ el Estado administrativo de un modo que lo hace inefectivo. La principal función de la administración es promover el bien público, no alcanzar decisiones proporcionadas; es más, la obligación de asumir la lógica de la proporción en todas sus decisiones fomenta un ‘nuevo formalismo’ que sólo consigue arruinar la operatividad de los órganos administrativos. Por otra parte, si uno de los objetivos del Estado administrativo es atajar las desigualdades e injusticias que se derivan de la esfera privada, deberíamos desear que la administración tuviese el máximo espacio posible para actuar sin el control de los jueces velando por los intereses privados que se tratan de regular. Por todo ello, parece que cabría defender la expulsión de la proporcionalidad del Derecho administrativo, al menos en aquellos casos en los que no están en juego los derechos fundamentales.

Sin embargo, creo que es un error defender un orden jurídico ‘bifurcado’ en el que la deferencia se mantiene fuera del Derecho constitucional y la proporcionalidad fuera del Derecho administrativo¹⁸³. Uno de los más insignes defensores de esta bifurcación es, como ya vimos, Michael Taggart, el cual se resiste a la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad en la revisión judicial de aquellos actos administrativos que no implican derechos fundamentales, una categoría que el autor denomina “errores públicos” (*public wrongs*)¹⁸⁴. Como explica Hunt:

El temor es que con la aplicación extensiva del análisis de proporcionalidad los tribunales pasen del estándar de no-razonabilidad al de corrección, es decir, que pasen de revisar sólo si el demandante puede mostrar que el funcionario público actuó no razonablemente a revisar si los jueces habrían adoptado una decisión diferente sobre el fondo de la cuestión. Su constitucionalización del derecho administrativo se limita a un derecho público bifurcado¹⁸⁵.

¹⁸³ Aquí haré uso de los argumentos de Hunt (2009) y Dyzenhaus (2014).

¹⁸⁴ Taggart (2008), 477.

¹⁸⁵ Hunt (2009), 103

Según Taggart, la deferencia debida se debe considerar como un contrapeso a la proporcionalidad y por tanto sólo debería aplicarse en los casos que conciernen a los derechos fundamentales. En los demás casos, deben continuar aplicándose los viejos fundamentos y dicotomías del modelo clásico de *judicial review*.

Esta preocupación ha encontrado también eco en algunas decisiones relevantes de la Cámara de los Lores, según las cuales la diferencia entre los casos que implican derechos fundamentales y los casos que implican errores públicos es que en los primeros lo importante es únicamente si el funcionario público tomó la decisión que el tribunal considera correcta, mientras que en los segundos es apropiado un escrutinio judicial mucho menos intenso¹⁸⁶. Además, como ya vimos, la Cámara llegó a afirmar en *Huang* que, cuando es adecuada la revisión de proporcionalidad, el proceso por el que los funcionarios públicos llegan a sus decisiones es irrelevante para la revisión, puesto que en la categoría de los derechos fundamentales lo que importa es exclusivamente la corrección de la decisión sustantiva¹⁸⁷.

Taggart, sin embargo, afirma que “proporcionalidad y deferencia son complementarios y se contrapesan mutuamente”¹⁸⁸, por lo que se muestra muy crítico con *Huang*. Tal como él mismo lo explica, en la tradición del *common law* la revisión judicial se ocupaba únicamente de si la decisión administrativa era atrozmente no razonable. En la “concepción clásica” de la *judicial review* los funcionarios públicos raramente daban razones de sus decisiones. Sólo se consideraba que tenían la obligación de hacerlo cuando así lo imponía la ley, mientras que recaía en la persona que solicita la revisión judicial la responsabilidad de probar el error o la falta de razonabilidad de la decisión. Naturalmente, la ausencia de razones dificultaba aún más esta tarea¹⁸⁹. Esta actitud restrictiva hacia la revisión judicial se fue relajando progresivamente a medida que los jueces fueron añadiendo más fundamentos para la revisión, al tiempo que reconocían que la revisión de los ejercicios de discrecionalidad también implicaba la revisión de las interpretaciones administrativas de la ley, asumiendo la idea de que la revisión judicial se basaba en un principio de legalidad enraizado en los principios fundamentales del *common law*¹⁹⁰. *Baker* supuso, en este sentido, una sentencia ejemplar, puesto que en ella el Tribunal Supremo de Canadá reconoció la

¹⁸⁶ En este sentido, la sentencia más relevante es la que ya tuvimos ocasión de discutir al defender una revisión judicial centrada en el proceso: *R (on the application of Begum [by her litigation friend, Rahman]) (Respondent) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School (Appellants)*, [2006] UKHL 15.

¹⁸⁷ *Huang*, supra nota 82.

¹⁸⁸ Taggart (2008), 425.

¹⁸⁹ *Ibid.*, 428.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 429-432.

existencia de un deber constitucional que obligaba a los funcionarios a dar razones de sus decisiones cuando infringían intereses individuales importantes, un deber cuya satisfacción representaba el primer paso para que los jueces aplicaran la ‘deferencia como respeto’.

Taggart señala que la tendencia de la nueva *judicial review* a centrarse no tanto en el contenido, como en la justificación de las decisiones públicas, ha hecho de *Wednesbury* un test de intensidad variable, de modo que cuanto mayor sea el impacto de una decisión pública sobre los individuos afectados por ella, más sustantiva será la justificación que se requiera¹⁹¹. Así, dice Taggart, la tendencia hacia la justificación en la *judicial review* ha dado como resultado una metodología compartida con la proporcionalidad, puesto que en el centro de ambas está la idea de que la legalidad de la decisión de una autoridad pública depende de su justificación, es decir, de la calidad de las razones ofrecidas por los funcionarios públicos que tomaron la decisión¹⁹².

Según Taggart, la Cámara de los Lores cometió un “serio error” en *Huang* al rechazar la doctrina de la deferencia como respeto¹⁹³. Aunque los tribunales no deben esperar que la administración siga la metodología exacta que ellos adoptan en el análisis de la proporcionalidad, tienen que estar atentos a las razones ofrecidas por la administración:

Los tribunales deben asegurar que la decisión es razonablemente respetuosa con los derechos, y por ello el tribunal debe emplear una metodología de revisión sustantiva para cerciorarse de ello [...] El tribunal puede [consecuentemente] esperar que la autoridad pública explique lo que hace y por qué. Si la autoridad pública no lo ha hecho así, entonces difícilmente podrá quejarse de que el tribunal llegue a un resultado diferente usando la metodología de la proporcionalidad. Este es el vínculo entre razones y deferencia (que Lord Hoffman, por citar uno, parece no apreciar)¹⁹⁴.

Sin embargo, esta forma de argumentar conduce a una posición contraria a la bifurcación defendida por Taggart. En efecto, igual que no debe rechazarse la deferencia cuando existe una intromisión en los derechos fundamentales, tampoco se debería renegar de la proporcionalidad cuando tales derechos no están involucrados directamente. Como señala Dyzenhaus, la bifurcación entre la revisión de los errores públicos y la revisión de los derechos fundamentales es “enormemente artificial”¹⁹⁵. Si la deferencia judicial se basa en la importancia de tener en cuenta las razones de la autoridad pública para actuar de un

¹⁹¹ *Ibid.*, 433.

¹⁹² *Ibid.*, 457.

¹⁹³ *Ibid.*, 460.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 460-461.

¹⁹⁵ Dyzenhaus (2014), 257.

determinado modo, ello se debe a que se presupone un deber por parte del Estado de justificar adecuadamente todas sus decisiones. Y la mejor manera de controlar que tal deber se cumple adecuadamente es el análisis de proporcionalidad. La lógica de la proporcionalidad ha de aplicarse, pues, en todo el ámbito del Derecho público.

El razonamiento de la proporcionalidad es simplemente el ejercicio de justificar a los individuos un ejercicio de la autoridad pública que afecta a sus intereses legalmente protegidos. Es cierto que cuanto más fundamental sea el interés más oneroso será la carga de la justificación, pero esto implica diferentes grados de intensidad, no diferentes tipos de derecho público¹⁹⁶.

Como vimos en la segunda parte de este trabajo¹⁹⁷, Hunt sugiere varias razones para abandonar toda tentación de dividir el Derecho público: primero, la fuerza expansiva de los derechos humanos impide distinguir con claridad los meros ‘errores administrativos’ sin conexión alguna con los intereses básicos de las personas; segundo, los derechos humanos vienen de la mano de otros valores sustantivos fundamentales que rigen en una ‘buena administración’ (como el principio de las expectativas legítimas); tercero, no es cierto que la revisión sea siempre más severa cuando están en juego los derechos humanos, sino que existe una intensidad de revisión variable en todos los casos de Derecho público; por último, no es necesario que el acto administrativo suponga una infracción de un derecho humano para que en su revisión el juez tenga en cuenta las razones aportadas por la autoridad para su justificación¹⁹⁸.

Lo cual nos obliga a volver a plantearnos si es realmente necesaria esta profunda ‘constitucionalización’ del Derecho administrativo, que sitúa a los sistemas *common law* en una posición notoriamente similar a la del modelo europeo. De hecho, el temor de Taggart es acabar defendiendo un modelo de supremacía judicial: si extendemos la metodología de la proporcionalidad más allá de los casos en los que los derechos humanos se ven claramente afectados (entendiendo por tales un pequeño conjunto de derechos y libertades básicas), entonces estaremos ampliando de un modo inaceptable la discrecionalidad judicial¹⁹⁹. Y no creo que quepa negar que se trata de un temor justificado. La supremacía judicial va en contra del principio básico de la ‘autonomía democrática’: las personas que toman decisiones sobre cómo gobernarnos deben ser elegidas y deben responder ante su electorado. Pero esto no significa tener que asumir una concepción de la autoridad según la cual las

¹⁹⁶ Ibid., 258.

¹⁹⁷ Capítulo 4, sección D, apartado d).

¹⁹⁸ Hunt (2009), 105-107.

¹⁹⁹ Taggart (2008), 478.

consideraciones democráticas operan como razones de segundo orden que nos imponen la mera sumisión a las decisiones del legislativo/ejecutivo. Aun así, en una cultura constitucional donde la autoridad deriva principalmente de la calidad de las razones, es preciso, para evitar el riesgo de primacía judicial, otorgar algún peso al pedigrí democrático del agente decisor, al grado de participación que hayan tenido los individuos afectados en el proceso que condujo a la decisión, así como a la disponibilidad y efectividad de otras formas de rendición de cuentas. Reconocer que tales consideraciones democráticas deben tener un peso sustantivo no significa, sin embargo, que deban asumirse como razones concluyentes. El objetivo de una doctrina de la deferencia debida es, como vimos, responder precisamente a la difícil cuestión de cuál ha de ser el papel que han de jugar tales consideraciones (fundamentalmente, la competencia institucional relativa y la legitimidad democrática) en la revisión judicial de las decisiones públicas.

Conforme a lo que sugiere Hunt, podemos decir que la clave para defender la unidad del Derecho público consiste en subrayar la importancia de la conexión entre los tres elementos que configuran una cultura democrática de la justificación: el deber de los poderes públicos de respaldar sus decisiones con explicaciones racionales, el enfoque procesal de la revisión judicial y la metodología de la proporcionalidad²⁰⁰.

La obligación de la autoridad pública de dar razones de sus decisiones es una parte esencial de una cultura de la justificación. En el caso del modelo colaborativo, es decir, en una cultura *democrática* de la justificación, esta justificación tiene como principal propósito facilitar a los jueces la base para una revisión procesal en la que se evalúa en qué medida la decisión se sigue de las razones ofrecidas, de tal modo que éstas pasan a ser con frecuencia el elemento decisivo para determinar la legalidad de la decisión. Es cierto que, al revisar la adecuación de las razones, los jueces pueden sentirse tentados de valorar la corrección o los ‘méritos’ de la decisión misma. Sin embargo, como Taggart afirma, respaldar las decisiones con explicaciones racionales es “el primer paso de la deferencia como respeto” y una importante barrera contra la determinación inapropiada por parte de los jueces de la intensidad que requiere la revisión de cada caso²⁰¹. Es decir, que las razones son el punto de partida de la evaluación que ha de hacer el juez respecto al grado de deferencia que debe mostrar hacia el agente decisor principal²⁰².

²⁰⁰ Hunt (2009), 110.

²⁰¹ Taggart (2008), 463.

²⁰² Hunt (2009), 111.

A su vez, la proporcionalidad no es un estándar de revisión abierto que conduzca inevitablemente a un test de corrección en los casos en que no están implicados los derechos humanos. Como subraya Hunt, la proporcionalidad no pretende ser un estándar con un determinado contenido, o un test de revisión independiente. Al contrario, “es un concepto intrínsecamente relacional que, para poder aplicarse, debe vincularse siempre a algún derecho o interés o valor”²⁰³. Atacar la legalidad de una decisión por considerarla desproporcionada, no significa invocar una noción abstracta de proporcionalidad, sino afirmar que dicha decisión tiene unos efectos desproporcionados sobre algo que valoramos. Por eso, más que un estándar de revisión es una metodología que sirve para evaluar si el impacto de una decisión sobre algo de fundamental importancia ha sido justificado adecuadamente. Por tanto, si el punto de partida de dicha metodología es siempre algún interés, derecho o valor que consideramos de suma importancia, no hay motivo para no beneficiarse de su riguroso aparato conceptual en aquellos casos donde no están implicados los derechos humanos. Con todo, el riesgo de acabar aplicando un test de corrección no desaparece a menos que la proporcionalidad incorpore una doctrina de la deferencia debida.

La deferencia debida es una parte de la metodología de la proporcionalidad que permite abrir “un espacio para la posibilidad de desacuerdo entre el tribunal y el agente decisor sobre el asunto en cuestión que no se traduce en la ilegalidad de la decisión”²⁰⁴. Y, adecuadamente fundamentada, “es la forma más importante de evitar la tentación de un derecho público bifurcado”²⁰⁵. La doctrina general de la deferencia debida puede cumplir su función en todo el ámbito del Derecho administrativo, aplicándose no únicamente en los casos que impliquen derechos fundamentales, sino también en aquellos que implican la interpretación de las leyes por parte de los órganos administrativos, así como el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*, 112.

Conclusiones

“El valor irreductible, aunque no exclusivo, es la idea de Derecho.

El Derecho es más que una mera opinión;
no porque incorpore todos los valores correctos,
ni porque los valores que efectivamente incorpora
reflejen de vez en cuando los de una mayoría o pluralidad,
sino porque es el valor de los valores.

El Derecho es la principal institución mediante la cual
una sociedad puede afirmar sus valores”^{*}.

Un constitucionalismo más democrático

El modelo *commonwealth* o colaborativo pretende ser una alternativa a la forma de revisión judicial de constitucionalidad predominante en nuestros días. En esta forma de revisión dominante, los derechos se atrincheran contra su modificación por legislación ordinaria, y los jueces tienen una supremacía automática o necesaria tanto en la interpretación de su contenido como en la definición de las limitaciones razonables de su ejercicio efectivo. Con diferentes formas institucionales, este modelo opera en la actualidad en los Estados Unidos y la mayoría de los países europeos. Aunque existen importantes diferencias entre los modelos de revisión ‘americano’ y ‘europeo’ (algunas de ellas se discutieron en el capítulo 7), ambos pueden considerarse como diferentes versiones de lo que normalmente se denomina ‘revisión judicial fuerte’.

La especificidad del modelo colaborativo reside en su carácter más democrático. Sin embargo, esta especificidad puede concebirse de modo bien distinto dependiendo de la perspectiva teórica que decidamos adoptar. He argumentado que existen dos reconstrucciones teóricas posibles del modelo colaborativo. De una parte, desde *el constitucionalismo político*, el rasgo específico del modelo se refiere a la cuestión de la

^{*} Bickel (1975), 5.

‘última palabra’: en agudo contraste con las formas ‘fuertes’ de revisión judicial, la última palabra sobre la validez jurídica de las leyes corresponde al legislativo y no a la judicatura. Desde el constitucionalismo jurídico, en cambio, la conversación constitucional que propicia el modelo ocurre principalmente en el proceso de justificación de las limitaciones en la protección efectiva de los derechos. Para esta concepción, que aquí he denominado *la teoría de la legalidad como razón pública*, el modelo colaborativo debe situarse en el contexto de lo que se ha denominado ‘la cultura de la justificación’, es decir, una cultura jurídica donde la validez de las leyes y decisiones públicas no depende únicamente de las restricciones de origen o pedigrí, sino también de su compatibilidad con los derechos protegidos y los valores constitucionales subyacentes. En esta cultura jurídica, el legislativo y el ejecutivo pueden interferir en los derechos, siempre que ofrezcan para ello una justificación sustantiva que sea controlada por el legislativo y los tribunales. En este sentido, el modelo colaborativo no está en agudo contraste con los modelos de revisión judicial fuerte. Entonces, ¿qué es *nuevo* en el modelo colaborativo?

Bajo el enfoque de la legalidad como razón pública, el modelo colaborativo de revisión tiene por objeto la promoción de una ‘*cultura democrática de la justificación*’, es decir, de un orden político y jurídico en el que la protección y promoción de los derechos humanos se concibe desde la perspectiva de la colaboración y la responsabilidad compartida. En este tipo de cultura, toda acción o inacción pública debe poder justificarse mediante razones públicamente disponibles que aseguren su compatibilidad con los compromisos más fundamentales de la sociedad (que representan los derechos humanos). Al mismo tiempo, esta colaboración debe favorecer el respeto al papel legítimo de cada una de los poderes del Estado. En principio, las instituciones políticas tienen la responsabilidad principal en la articulación y realización de los derechos fundamentales, mientras que su definición corresponde a los tribunales de justicia. Sin embargo, el modelo colaborativo promueve la interdependencia de los poderes públicos. Por un lado, el legislativo interviene en la definición de los derechos principalmente al tratar de justificar los límites de su realización efectiva (el modelo permite dicha intervención a través de la doctrina de la ‘deferencia debida’), aunque también tiene, para casos excepcionales, la posibilidad de responder mediante legislación ordinaria a las interpretaciones judiciales con las que no está de acuerdo y considera inaceptables. Por otro lado, los tribunales colaboran en la realización de los derechos al ser el mecanismo último para exigir la justificación de las decisiones públicas (el modelo les otorga autoridad para juzgar la compatibilidad de la legislación con los requerimientos constitucionales).

En este tipo de constitucionalismo, el imperio de la ley se configura como un proyecto común en el que todos los poderes del Estado, junto con los ciudadanos, se someten al Derecho como una práctica disciplinada de razón pública. Dicho de otro modo, el imperio de la ley se concibe como un *'ethos de la transparencia'*, donde los que ejercen el poder por medio del Derecho se someten a él, asumiéndolo como una restricción que les obliga a justificar públicamente sus decisiones de acuerdo con los estándares establecidos por el Derecho. En este sentido, la teoría de la legalidad como razón pública coincide con la teoría jurídica del *common law*, donde el Derecho se concibe como una *disciplina de razonamiento práctico público* que ofrece un marco para la producción e interpretación autoritativas de normas públicas. En términos de Fuller, esta forma de entender el orden jurídico significa apartarse de la noción “gerencial” del Derecho como “una proyección unidireccional de autoridad, procedente del gobierno y que se impone a los ciudadanos”, y adoptar una concepción de la autoridad del Derecho como el “producto de una interacción de orientaciones propositivas entre los ciudadanos y el gobierno”.

El objetivo del constitucionalismo colaborativo consiste, por tanto, en el mantenimiento de una cultura constitucional basada en la coordinación deliberativa. Para ello, es necesaria la concurrencia de, al menos, dos supuestos empíricos: que las personas que tienen el poder político condicionen su comportamiento a lo que pueden presentar como legítimo a los ojos del público, y que al público le importe lo suficiente la suerte de los oprimidos. Sin embargo, al margen de estos condicionantes fácticos, el modelo está fundamentado en una teoría del Derecho que da a los jueces la autoridad para juzgar la compatibilidad de las leyes y la acción gubernamental con los compromisos morales últimos de la comunidad política. Ante una ley o decisión administrativa que parezca problemática, el juez debe preferir la interpretación más compatible con los principios y valores constitucionales, y, si esto no es posible, debe declarar formalmente dicha incongruencia. En un modelo de justicia constitucional sin supremacía judicial, la eficacia de esta declaración dependerá, por supuesto, de que no caiga en oídos sordos, es decir, de que la presión del público obligue al gobierno a cambiar su legislación. Pero la responsabilidad de los jueces no depende de ningún factor contingente, sino que deriva directamente de la concepción del Derecho en que se fundamenta el modelo.

En la cultura constitucional que propicia el modelo colaborativo, el Derecho positivo se mantiene abierto a los cambios que requiere la experiencia de la vida social. Éste es el significado de la metáfora de la Constitución como un ‘árbol vivo’, y es el contenido esencial de la idea de una constitución *common law*: el imperio de la Ley es el dominio de

unos principios y valores centrales en el ordenamiento, los cuales se van adaptando con el tiempo según evoluciona y se transforma la realidad social. Bajo este enfoque, no es necesaria la existencia de una constitución escrita. En los países pertenecientes a la tradición del *common law*, los *bill of rights* pueden concebirse como la articulación democrática de unos valores inmemoriales que se han ido desarrollando a través del razonamiento judicial. En este sentido, la principal aportación del ‘nuevo’ modelo *commonwealth* radica en la participación explícita y directa de los legisladores y, a través suyo, de la ciudadanía, en la interpretación del alcance y naturaleza de esos valores inmemoriales.

Asimismo, tampoco es necesaria la figura de un *poder constituyente* como fundamento último de la supremacía constitucional. En la cultura constitucional del modelo colaborativo, la supremacía de la Constitución (escrita o no) reposa en las normas del ‘Derecho común’ que, desde su centralidad, sirven de referencia constante para la identificación y aplicación del Derecho de la comunidad política. Ese ‘Derecho común’ representa la moralidad constitucional que subyace al sistema jurídico *per se* como fundamento de su autoridad, el cual no es equivalente ni reducible a la Constitución escrita, en caso de que la hubiera. En la tradición del *common law*, la autoridad del poder constituyente se fundamenta y legitima en los principios inherentes al orden jurídico. Lo cual implica que la voluntad del pueblo sólo puede legitimar la Constitución positiva si se ajusta a los requerimientos de la Constitución no escrita (el Derecho común). Más concretamente, el pueblo puede enmendar la Constitución, pero no puede violarla ni sustituirla por otra que no responda a la moralidad constitucional implícita en todo orden jurídico. La Constitución positiva no recibe su autoridad a partir del *fiat* del pueblo soberano; al contrario, éste se convierte en poder constituyente cuando ‘decide’ reconocer la autoridad inherente al Derecho y someterse a sus requerimientos.

Por otra parte, en contraste con lo que se tiende a sostener desde las posiciones del constitucionalismo político, la teoría de la legalidad como razón pública afirma que los tribunales de justicia pueden cumplir un papel decisivo en la promoción de los principios de transparencia, participación y deliberación racional que son esenciales en una democracia deliberativa. Los tribunales no sólo son en sí mismos foros de discusión racional, sino que están en una posición institucional que les permite incrementar la participación y la calidad deliberativa de la democracia. Para la legalidad como razón pública, *la revisión judicial de constitucionalidad supone un reforzamiento crucial de la participación ciudadana en la producción del Derecho*, incluso más allá de los límites de la ciudadanía estrictamente política, basada en la nacionalidad. En definitiva, se trata de un mecanismo de requerimiento

de justificación que puede activar cualquier individuo cuyos derechos o intereses fundamentales queden afectados en su ejercicio legítimo por una disposición legal o decisión ejecutiva/administrativa. Lejos de debilitar la democracia, la revisión judicial tiene el potencial para hacer una contribución decisiva en el mantenimiento de una cultura jurídica y política en la que las decisiones colectivas vienen respaldadas por razones públicas que pueden ser aceptadas sin coerción por los miembros de una comunidad política de iguales.

Ahora bien, aunque el propósito del modelo colaborativo de constitucionalismo sea promover los principios esenciales de una democracia deliberativa, lo cierto es que este tipo de justicia constitucional legitima una importante ‘distorsión’ del discurso político. El parlamento y el gobierno, en su persecución del interés general mediante procedimientos equitativos, no pueden ignorar las decisiones de los jueces respecto a la consistencia de las leyes con los derechos protegidos. Esto significa que el proceso de producción legislativa ha de reproducir, sin los tecnicismos propios del foro judicial, el procedimiento de análisis de los jueces. El modelo colaborativo comparte, por tanto, con los modelos de supremacía judicial la idea de que en una democracia constitucional *la razón jurídica se convierte en el prototipo de la razón pública*. En este sentido, el modelo colaborativo puede ser objeto del mismo tipo de críticas que acusan al constitucionalismo jurídico de propiciar el gobierno de los jueces. Aunque se otorgue una voz significativa al legislador en la definición y articulación de los derechos, dicha voz seguirá un esquema de razonamiento similar al de los jueces, por lo que, ‘gobernar con los jueces’ significa, a la postre, ‘gobernar como los jueces’. Esta consecuencia, adecuadamente entendida, es, a mi juicio, inevitable y legítima, y se refleja, por ejemplo, en el importante papel que cumplen los asesores jurídicos en las comisiones parlamentarias que se ocupan del control de constitucionalidad de las leyes.

Modelos, jueces y culturas constitucionales

El paradigma constitucional de los derechos humanos exige el abandono de la doctrina tradicional sobre las funciones de producir e interpretar/aplicar el Derecho. Según esta doctrina tradicional, el objeto de la controversia política serían los fines u objetivos a alcanzar mediante la acción colectiva a través de un esquema teleológico y consecuencialista de razonamiento, mientras que la razón judicial se limitaría a descubrir y aplicar la intención del legislador mediante una racionalidad deductiva o sistemática. Frente a esta concepción, el nuevo paradigma constitucionalista promueve una forma de racionalidad más compartida. En este trabajo he descrito este fenómeno como *el paso de una cultura jurídica basada en la*

soberanía a otra basada en la justificación, y he defendido que cualquier modelo de justicia constitucional que desee operar bajo este nuevo paradigma debe aspirar a ser la base institucional de una cultura de la justificación. Lo cual significa que, en lugar de tratar de delinear zonas de competencia exclusiva, o de decidir quién tiene el poder para definir tales límites, un constitucionalismo coherente con el nuevo paradigma debe comenzar a partir de la premisa de que los tribunales y las ramas políticas del gobierno *comparten* la tarea de realizar ciertos principios y valores básicos.

En este trabajo me ha interesado sobre todo comparar las visiones de la cultura de la justificación que respaldan y promueven los modelos europeo y *commonwealth* de revisión judicial. Brevemente, podemos reunir las divergencias entre ambos modelos en tres puntos básicos. En primer lugar, la constitucionalización del sistema jurídico no se concibe dentro del modelo europeo como una evolución interna del sistema, sino como una auténtica ‘revolución’ en una cultura jurídica tradicionalmente estatalista y legicéntrica. En el modelo *commonwealth*, por el contrario, la promulgación de una Constitución principialista, o la declaración formal de una carta de derechos fundamentales (*Bill of Rights*), representa una evolución sin duda importante, pero nunca una transformación radical del sistema que lo precede.

En segundo lugar, aunque en ambos modelos la revisión de constitucionalidad forma parte de una exigencia general de justificación, en cada uno de ellos subyace un enfoque normativo distinto. En el modelo europeo, la justificación es un medio para lograr la optimización de unos valores morales y, por tanto, una superior protección de los derechos, por lo que la revisión judicial se concibe y ejerce como un análisis centrado en el resultado. En el modelo *commonwealth*, en cambio, la justificación se valora por sí misma, como un requisito que encierra un valor fundamental de respeto hacia los súbditos del poder político, tratándoles como agentes morales responsables. Desde este segundo enfoque normativo, es más importante el proceso que el resultado de la justificación, aunque se tiene muy en cuenta las formas en que el proceso puede aumentar la calidad moral del resultado.

En tercer lugar, ambos modelos suponen concepciones distintas de la proporcionalidad y los derechos constitucionales. En el modelo europeo, el fin primordial del análisis de proporcionalidad es identificar la optimización racional del bien común. La proporcionalidad europea no está pensada para tratar de proteger derechos individuales frente a decisiones legislativas/gubernamentales, sino más bien para ponderar del mejor modo posible los diferentes deberes enfrentados en las cuestiones constitucionales. No es una metodología pensada para averiguar si la acción gubernamental produce una

interferencia excesiva en los derechos; por el contrario, su finalidad es alcanzar la mejor solución posible al conflicto de valores que presenta cada caso constitucional difícil, tratando de optimizar el bien común con la mejor política pública. De hecho, en el modelo europeo no se reconoce ninguna diferencia significativa entre los derechos y los bienes o intereses públicos; ambos son valores sustantivos que hay que tratar de optimizar. En este trabajo he tratado de mostrar que esta concepción de la proporcionalidad responde a un tipo de Constitución que no sólo aspira a ser un ‘orden marco’ de la vida social, sino también su ‘orden fundamental’, y que esta comprensión de la proporcionalidad y del orden constitucional tiende a exigir un sistema centralizado de revisión de las leyes.

En el modelo *commonwealth*, en cambio, la proporcionalidad está diseñada para guiar y garantizar la interferencia de los tribunales en las decisiones legislativas/ejecutivas con el fin de proteger los derechos fundamentales. Es decir, la cuestión sustantiva de identificar cuándo está justificada una limitación de derechos es inseparable de la cuestión formal acerca del grado de responsabilidad que tienen los tribunales de garantizar que éste sea el caso. Esto significa que el tribunal revisor debe medir la intensidad de su escrutinio teniendo en cuenta que son decisores secundarios respecto a los asuntos sustantivos que trata de afrontar la legislación. La proporcionalidad entendida como juicio de optimización corresponde a los poderes electos en la búsqueda de sus fines políticos. La operación que realizan los tribunales de justicia se enuncia mejor de forma negativa, como ‘*test de desproporcionalidad*’, donde el tribunal revisor trata de controlar los excesos del legislativo y del gobierno. En esto consiste ‘el punto de vista de la aplicación del Derecho’ con el que los jueces intervienen en la producción legislativa. Los jueces deben controlar las decisiones legislativas/ejecutivas teniendo en cuenta que son agentes decisores secundarios en la determinación concreta, contextual, de los derechos protegidos (es decir, en su realización efectiva).

A mi juicio, el modelo europeo puede resultar altamente deseable en culturas jurídicas donde se otorga un gran peso a la seguridad jurídica (como ocurre en los sistemas del *civil law*) y/o en sociedades que transitan hacia la democracia y necesitan reconstruir profundamente su sistema jurídico y político. Aun así, se trata de un modelo de revisión que no responde adecuadamente a la objeción del ‘déficit democrático’. Al delegar la interpretación constitucional en un tribunal especializado, relativamente independiente del legislativo, el modelo europeo tiende a debilitar la toma de decisiones por mayoría. La doctrina del tribunal constitucional predetermina la iniciativa legislativa, y aunque el tribunal pueda ser sensible a las consideraciones democráticas y aminorar dicha

predeterminación, el hecho de que las Constituciones del modelo europeo incluyan un denso contenido material supone un factor que empuja en dirección contraria a la autorestricción.

Por otra parte, el modelo europeo no permite que los jueces ordinarios (incluido el tribunal supremo) controlen los posibles excesos legislativos, dentro del contexto de cada caso, a la luz de las exigencias de la Constitución. Aunque la constitucionalización del sistema jurídico implica adoptar los valores y principios fundamentales como la base para la interpretación de todas las leyes y medidas ejecutivas/administrativas, un modelo centralizado de revisión se basa en la separación de la jurisprudencia constitucional del resto del sistema jurídico, con lo que los jueces se ven privados de la capacidad de juzgar acerca de la constitucionalidad de las leyes.

Proporcionalidad y deferencia debida

Las posibilidades y el significado del poder/deber interpretativo de los jueces en el modelo colaborativo se encuentra todavía en pleno desarrollo jurisprudencial. No obstante, los tribunales ya han encontrado algunos principios rectores para su ejercicio. Entre ellos destaca, como es obvio, la idea de que ‘el papel apropiado de los tribunales es el de la interpretación, no el de la legislación’. Con este y otros principios (como los de la metodología de la proporcionalidad y la doctrina de la deferencia debida), se trata de asegurar que la interpretación judicial sea una forma de legislación estrictamente judicial, es decir, construida desde los límites institucionales propios de la función judicial, y por ello, mucho más limitada en alcance y proyección que la legislación del parlamento y el gobierno.

En el modelo colaborativo de justicia constitucional, la proporcionalidad se concibe como una metodología ‘restrictiva’ en un doble sentido. En primer lugar, está diseñada por y para jueces con capacidad para revisar la compatibilidad de las leyes con los derechos protegidos; por lo tanto, no está concebida con el fin de encontrar la mejor ponderación entre el interés general de la comunidad y los derechos fundamentales de los individuos, sino para garantizar que cualquier invasión de esos derechos se reduce al mínimo necesario. En segundo lugar, dicha metodología implica la interferencia judicial con el fin de proteger los derechos, los cuales operan como límites a la libertad de acción de los poderes electos. Según esto, el carácter restrictivo de la proporcionalidad presupone una cierta división del trabajo, donde los tribunales deben jugar un papel distinto y complementario al de los legisladores y el ejecutivo. La proporcionalidad garantiza la protección jurisdiccional de los

derechos, exigiendo al legislativo y al gobierno que justifiquen sus políticas públicas en la medida en que interfieran en los derechos protegidos.

Esta distinción entre derechos y políticas públicas es, por supuesto, controvertida. La mayoría de las cuestiones constitucionales incluyen ambas dimensiones, y las decisiones judiciales tienen consecuencias o implicaciones en los fines que persigue la legislación y la acción gubernamental. Sin embargo, se trata de una distinción importante, y es parte de la responsabilidad de los tribunales determinar qué tipo de decisiones relativas a las políticas públicas son apropiadas a sus rasgos institucionales, competencia y legitimidad, y cuáles están más allá de dicha competencia. La *doctrina de la deferencia debida* se ocupa precisamente de las dificultades que arrostran los tribunales en el cumplimiento adecuado de dicha responsabilidad. Por un lado, la mera presencia de un elemento de política pública no implica que el asunto esté necesariamente más allá de la revisión judicial; al contrario, significa que los tribunales deben proteger los principios constitucionales siendo sensibles, al mismo tiempo, a cualquier límite en su competencia que pueda sugerir un grado de deferencia. Por otro lado, el análisis de la deferencia debida mide el grado de intensidad del escrutinio judicial, el cual no puede determinarse simplemente identificando las materias o tipos de asuntos donde es apropiada la autorestricción judicial; por el contrario, los jueces tienen que llevar a cabo un análisis de los límites de su papel institucional a la luz de los factores relevantes en el contexto de cada caso.

Una consecuencia importante de la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad es que los componentes tercero y cuarto del análisis (necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) aparecen como dos formas distintas de hacer lo mismo: evaluar la justificación de una medida legislativa/ejecutiva con el fin de asegurar que la limitación de los derechos no es *excesiva*, es decir, que la magnitud de la infracción en términos de derechos es proporcional a la satisfacción del objetivo de interés general que se persigue. Los tribunales, en general, sólo interfieren si la violación de derechos es clara y sustancial, y la justificación que ofrece el decisor principal no merece la deferencia judicial. Su fin último es asegurar que hay una ‘relación razonable de proporcionalidad’ entre los medios empleados y el objetivo que se trata de alcanzar.

Por otra parte, la relación entre *proporcionalidad* y *razonabilidad* es un asunto polémico en la doctrina y la jurisprudencia de los sistemas del *common law*. Desde mi punto de vista, dentro de un modelo colaborativo de justicia constitucional ambos estándares de revisión son materialmente indistinguibles. Con objeto de valorar si una decisión está dentro del rango de las decisiones de un agente decisor racional o razonable, el tribunal revisor

debe juzgar la ponderación hecha por el decisor principal. Dado que la mayoría de las decisiones impugnadas se toman realizando un juicio de ponderación entre intereses en conflicto, es difícil imaginar cómo puede el tribunal revisor determinar si una decisión pública es razonable (cuando la razonabilidad incluye la protección de los derechos humanos) sin evaluar si la ponderación que supone cada una de tales decisiones es razonable. Contra lo que es la opinión general, la proporcionalidad no supone de por sí un estándar de revisión más intensivo que la irrazonabilidad del test *Wednesbury*. La intensidad de la revisión no viene determinada por el tipo de test elegido para realizarla, sino por la disposición y la competencia de los tribunales revisores para interferir en las decisiones de los poderes electos.

La *deferencia debida* es una doctrina de la auto-restricción judicial, que surge de la preocupación por el papel que han de cumplir los tribunales en el mantenimiento de una cultura de la justificación. No se trata de una cuestión de jurisdicción en una determinada área (una cuestión siempre considerada crucial en la ‘concepción clásica’ de la *judicial review*). Esta doctrina rechaza las metáforas espaciales como ‘márgenes de apreciación’ o ‘áreas de discrecionalidad’ donde los decisores principales están simplemente más allá del alcance de la interferencia judicial. Estas metáforas responden a una conceptualización del Derecho público en términos de ‘supremacías en competencia’, una cultura jurídica basada en la autoridad como soberanía o autoridad suprema. Por el contrario, la doctrina de la deferencia debida pretende abandonar el lenguaje de la soberanía y reemplazarlo por el lenguaje de la justificación. Según esta doctrina, la deferencia es un juicio de valor que han de realizar los propios tribunales sobre la deseabilidad de su intervención allí donde están en principio autorizados a hacerlo, debiendo considerar el peso de sus propios límites de competencia, capacidad y legitimidad. A su vez, los agentes decisores principales tienen que *ganarse* la deferencia de los tribunales, mostrando abiertamente las justificaciones que dan apoyo a sus decisiones, demostrando por qué las medidas adoptadas deben merecer el respeto judicial.

En el modelo colaborativo, la proporcionalidad y la deferencia debida son análisis complementarios. El primero pretende garantizar que los tribunales exigen a las instituciones políticas justificar adecuadamente sus decisiones en la medida en que interfieren en los derechos protegidos; el segundo trata de asegurar que el legislativo, el ejecutivo y los funcionarios tienen una voz relevante en la definición y evolución de los derechos protegidos. La doctrina de la deferencia debida nos permite reconocer (y desear) la expansión de los derechos fundamentales por todo el sistema jurídico, sin tener que aceptar

necesariamente un modelo de supremacía judicial. Su fin último es ayudar a reconciliar las demandas gemelas de protección de los derechos y de respeto al autogobierno colectivo, permitiendo que la disparidad de criterios entre legisladores y tribunales no se traduzca automáticamente en la ilegalidad de la medida impugnada.

Una revisión judicial centrada en el proceso

En un modelo colaborativo de justicia constitucional, el análisis de proporcionalidad no tiene que ver con la corrección de la decisión, sino con su razonabilidad. Según este enfoque, la cuestión sustantiva acerca de la mejor ponderación entre los intereses en juego es responsabilidad del decisor principal, y el papel de los tribunales es someter a escrutinio las razones ofrecidas por éste para valorar si la decisión está justificada. Aunque la mayoría de las veces no pueden dejar de ‘hacer su propio juicio’ a propósito de la proporcionalidad con el fin de valorar la fuerza justificativa que respalda a la medida impugnada, los tribunales no deben olvidar que son agentes ‘revisores’, y que, como tales, están siempre obligados a analizar el grado de deferencia que deben prestar a la solución adoptada por el agente decisor principal. Su papel es revisar la justificación aportada en respaldo de la medida, y valorar la fuerza persuasiva de dicha justificación, no intentar tomar una decisión ‘*ex novo*’.

Este enfoque (al que he denominado ‘procesal’, por estar centrado especialmente en el proceso de toma de decisiones del agente decisor principal) ha sido desarrollado, sin articularlo nunca sistemáticamente, por el Tribunal Supremo de Canadá en numerosos casos de derechos humanos bajo la Carta de 1982, tanto en el ámbito del Derecho constitucional (*Edward Books, Irwin Toy* or *RJR-MacDonald*) como en Derecho administrativo (*Baker*). Sin embargo, dicho enfoque ha recibido un explícito rechazo por el Tribunal Supremo del Reino Unido. En diferentes sentencias (*Denbigh, Miss Behavin’* and *Nasseri*), el alto tribunal ha manifestado su preferencia por una revisión centrada principalmente en el contenido o sustancia de las decisiones, dejando al margen como irrelevante el proceso por el que llegaron a adoptarse.

A mi juicio, cabe defender el enfoque canadiense como el más adecuado para el tipo de revisión que promueve el modelo colaborativo, precisamente porque tiende a centrarse en las razones o razonamientos con que el decisor principal pretende justificar sus decisiones más que en el contenido o la sustancia de las decisiones mismas. Es el enfoque que mejor concuerda con la doctrina de la deferencia debida: el requerimiento de que las decisiones se adopten del modo correcto obliga a que las instituciones políticas se involucren en el

proceso de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, con objeto de *ganar* la deferencia judicial. Por otra parte, la revisión procesal se ajusta mejor a los rasgos institucionales de los tribunales de justicia, que los hace más capaces para identificar defectos en el proceso de razonamiento que para cuestionar al decisor principal sobre cuestiones sustantivas.

Una revisión procesal deja las elecciones sustantivas sobre derechos e intereses a los poderes electos, centrándose principalmente en garantizar que dichos poderes otorgan la debida consideración a tales derechos. De este modo, pretende ser un tipo de revisión a medio camino entre la revisión puramente sustantiva (donde los tribunales determinan la constitucionalidad de la legislación basándose estrictamente en un examen del contenido de la disposición legislativa o decisión pública impugnada) y la revisión puramente procedimental (en la que los tribunales se centran exclusivamente en un examen de los procedimientos que conducen a la aprobación de las leyes o decisiones públicas). Supone, por tanto, un tipo de revisión más deferente al juicio sustantivo del legislador o de la administración que la pura revisión sustantiva, pero sin que ello suponga una completa sumisión del tribunal revisor al criterio del decisor principal en materia de derechos, como ocurre en una revisión meramente formal.

Este tipo de revisión judicial no sólo se ha abierto paso dentro del modelo *commonwealth*, sino que constituye una forma de revisión emergente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia, así como en la revisión de algunos tribunales constitucionales europeos. No obstante, este tipo de revisión sigue teniendo ciertos aspectos controvertidos. El primero y quizá más importante de ellos es que parece implicar una interferencia ilegítima de los tribunales en el proceso interno de toma de decisiones del legislativo y el ejecutivo. Sin embargo, como he tratado de defender en este trabajo, el paradigma constitucionalista contemporáneo trae consigo una confluencia fundamental de los discursos jurídico y político, por lo que no cabe concebir dentro de este paradigma el proceso interno de toma de decisiones públicas como una prerrogativa del legislativo/ejecutivo.

Además, la revisión procesal no elimina completamente la revisión judicial sustantiva, por lo que puede ser objeto de las mismas críticas que se dirigen contra la revisión judicial sustantiva; aunque el enfoque procesal permite diluir tales críticas, éstas no desaparecen completamente. En mi opinión, la única respuesta posible a este respecto es que en la revisión procesal los jueces deben aplicar la metodología de la proporcionalidad junto

con un análisis de su propia competencia y legitimidad en el contexto de cada caso concreto, tal y como establece la doctrina de la deferencia debida.

Por último, este tipo de revisión plantea difíciles cuestiones metodológicas que tienen que ver con el modo en que deben complementarse los aspectos procedimentales y sustantivos de las decisiones impugnadas en la determinación de su compatibilidad con los derechos protegidos. A este respecto, creo que las consideraciones procesales no deberían tener el mismo peso en la determinación de la permisibilidad de las decisiones que en la de su incompatibilidad o inconstitucionalidad. Incluso la más meticulosa deliberación legislativa puede resultar, a juicio del tribunal revisor, una consideración insuficiente para respaldar las disposiciones impugnadas. Defender lo contrario implicaría, en mi opinión, entender la deferencia judicial como sumisión al legislador.

La autonomía democrática exige que las personas que toman decisiones sobre cómo goberarnos sean elegidas y respondan ante su electorado. Pero esto no significa que debamos asumir una concepción de la autoridad según la cual las consideraciones democráticas operan como razones de segundo orden que imponen, a los tribunales y a los ciudadanos, la mera sumisión a las decisiones del legislativo/ejecutivo. Aun así, si deseamos evitar la primacía judicial, es preciso introducir en la cultura de la justificación las consideraciones democráticas, de tal modo que los tribunales revisores otorguen un peso sustantivo al pedigrí democrático del decisor principal, al grado de participación que hayan tenido los individuos afectados en el proceso que condujo a la decisión, así como a la disponibilidad y efectividad de otras formas de rendición de cuentas. El objetivo de la doctrina de la deferencia debida es precisamente ayudar a responder a la difícil cuestión de cuál ha de ser el papel que han de jugar tales consideraciones en la revisión judicial de las decisiones públicas.

APÉNDICE PARA MENCIÓN INTERNACIONAL

The Collaborative Model of Constitutional Justice
Towards a Democratic Culture of Justification

ABSTRACT

In this work I have tried to reconstruct rationally, and found theoretically, a model of constitutional justice based on institutional collaboration and deliberative reasoning. With different institutional versions, this model is operating nowadays in Canada, the United Kingdom, New Zealand and (in a sub-national level) Australia, although for my research I have mainly focused on the *Canadian Charter of Bill of Rights and Freedoms* 1982 (henceforth, the Charter) and the *UK Human Rights Act* 1998 (henceforth, HRA). It has been termed here the ‘Commonwealth’ or ‘collaborative model’. In the first part (Chapters 1 and 2), I present its most salient features, a brief description of its main institutional forms and a detailed explanation of its basic institutional structure.

In the second part I attempt to give it a proper theoretical foundation. To that end, I enter into the current theoretical debate between legal constitutionalism and political constitutionalism. Chapter 3 gives a critical view of some theories of legal constitutionalism that justify the superiority of courts in the constitutional interpretation: first, the theory of Ronald Dworkin, which bases judicial supremacy on a substantive conception of legality; and second, the theories of Trevor Allan and Wil Waluchow, which found that supremacy in a common law conception of the constitution.

In Chapter 4 I elaborate a type of legal constitutionalism that, although gives judges an authoritative voice on constitutional rights and principles, does not give them the last and supreme voice. This conception is denominated as *the theory of legality as public reason*, and is expounded focusing on four general questions: first, the central aim of a collaborative constitutionalism (namely, creating a democratic culture of justification); second, the relationship between the formal and substantive dimensions of the rule of law; third, the justificatory character of the rule of law; and fourth, the points of contact of the collaborative model of review with the common law tradition (or the so called ‘common law constitutionalism’).

From this conception, Chapter 5 tries to reply to the main criticisms of political constitutionalism against the judicial review of legislation. On the one hand, these criticisms are focused on the illegitimacy of judicial review, which is supposed to be based both on

basic rights (i.e., judicial review goes against the right to participate in equal terms in the political process as the only intrinsic value of the constitutional design) and on its negative consequences (i.e., it debilitates the democratic society's capacity to articulate its own final moral compromises). On the other hand, judicial control over legislation is attacked for the undesirable distortion that it produces, according to political constitutionalism, on public policy and political deliberation.

The third and final part of this study has been dedicated to identify and explain the main differences between the Commonwealth and European models of constitutional justice, both understood as two institutional expressions of an ambitious culture of justification. To that end, in Chapter 6 I introduce the European model and the theory of 'new constitutionalism' that underlies it; I have also described the modern constitutional paradigm under which the three models discussed (the American, the European and the Commonwealth or collaborative) can be situated.

Chapter 7 describes the main differences between the Commonwealth and the European models. This comparative study starts with the question of the constituent power, which is central in the European model but can be considered superfluous in a common law system. Secondly, the study is focused on the proportionality analysis that is central in the judicial review of both models, highlighting two different visions of constitutional rights and of the structural components that configure this methodology. Finally, I discuss what should be the role of the courts in a democratic system according to the two models of constitutionalism.

Finally, Chapter 8 gives a more detailed idea of the legal culture that promotes the collaborative model. Firstly, it discusses the relationship between the proportionality analysis and the traditional standard of review in the common law systems — the *Wednesbury* reasonableness test. Secondly, it defends a process-based scrutiny as the most adequate form of judicial control in a collaborative constitutionalism, and it tries to respond to the arguments against this form of review given by the UK Supreme Court. Thirdly, this chapter ends with the doctrine of due deference which is inextricably linked with the proportionality analysis in this kind of constitutionalism. Once again, this idea is defended against the arguments of the UK Supreme Court, which in several judgements has refused the language of deference as something that equates to the defence of a submissive role for the courts in relation to the elected powers. In contrast, in the chapter it is argued that due deference is the necessary consequence of respect, not of submission, and that the courts should identify the adequate degree of deference in the context of each particular case.

CONCLUSIONS

The collaborative model is presented in this work as an alternative to the ‘strong-form’ judicial review that has become the prevailing model of constitutional justice nowadays. In this prevailing model, rights are entrenched against their modification through ordinary legislation, and judges have an automatic or necessary supremacy in both interpreting their content and defining their reasonable limitations. In contrast, the collaborative model attempts to be a more democratic form of constitutionalism, giving a significant voice to political institutions in the definition and articulation of constitutional rights and principles. The underlying idea of the present work is that this collaboration can only be coherently conceived in a legal culture where the authority of law is not based on the notion of sovereignty (or final authority), but on the concept of justification (or proportionate authority).

1. Definition and basic structure of the model

The collaborative model configures what has been called a ‘dialogic form of judicial review’ (Peter Hogg, Kent Roach). The metaphor of the dialogue highlights a crucial point for a collaborative constitutionalism: in the design of a scheme of rights protection the main question is not who has the final say (legislatures or courts) but how to guarantee that all the interferences in the rights are properly justified. This metaphor also points out the level of interdependence that a model of constitutional justice based on collaboration requires. However, if we want to rationally reconstruct a collaborative model it is necessary to add something more to the idea of dialogue. It is also very important to require some degree of rational deliberation in that dialogue. Judges play an important role in this sense, as their special role is as an ultimate enforcement instrument for the reasons that justify public decisions. Courts are in a position to guarantee that public decisions are not only determined by fixed interests and factual power, but also through value-oriented or deliberative coordination.

In its basic structure, the model includes four essential institutional features: first, a legalized and codified charter or bill of rights which serves as the basis for both political and judicial review and may have constitutional or statutory status; second, a mandatory rights review of legislation by the political branches before enactment, typically by a government minister's statement that triggers subsequent legislative scrutiny; third, some form of constitutional review of legislation and administrative action (acts and omissions) by the courts, whose form may range from a duty to interpret legislation consistently with protected rights to a judicial power of invalidation; and fourth, a formal legislative power to have the final word on what the law of the land is by ordinary majority vote. In the first part of this work I have tried to show that this institutional structure tends to promote the *interdependence* between the courts and political institutions in a common enterprise of value-oriented and deliberative justification, in which *all* branches of government are involved in protecting the rule of law, finding ways to *respect* the role and legitimacy of each other.

2. A More Democratic Constitutional Justice

The specific character of the collaborative model as a more democratic alternative to strong-form judicial review varies greatly according to the theoretical perspective that we decide to adopt. In this sense, there are two possible theoretical reconstructions of the collaborative model. From the perspective of *political constitutionalism*, it tries to rule the coordination of interpretative authorities, with different and equally fallible conceptions of justice. That coordination ensures that the first word of parliament about the compatibility of its legislation with the protected rights will not be automatically the last one; however, it gives the legislature the power not only to reply to courts decisions but also to ignore them and to interpret the constitution for itself. For political constitutionalism, the collaborative model fulfils the principle of parliamentary sovereignty by giving the last word to the electorally accountable institutions. Although courts may have power to review legislation in order to determinate its compatibility with the protected rights, the interpretation of these rights is primarily the role of elected bodies, and hence legislatures and the executive have the possibility to override judicial decisions and enforce their own independent interpretation of rights. From this approach, the specific feature of the collaborative model is the 'unlimited' override power of legislatures under section 33 of the Charter and section 4 of the HRA. These instruments allow electorally accountable powers to trigger a constitutional dialogue

with judges. The essence of the model is the finality issue: in stark contrast to strong-forms of judicial review, the final legal word on the validity and continuing operation of the existing law corresponds to the legislature and not to the judiciary¹.

In contrast, from the perspective of *legal constitutionalism*, the collaboration is set between institutions with distinct and complementary functions². This is the approach that I have developed with the *theory of legality as public reason*. According to this conception, legislatures and the government have the principle role in determining the extension of rights (their specific protection or effective realization), while the courts have the principle role in defining the scope or meaning of rights (their interpretation in light of the society's main moral commitments)³. The main constitutional conversation happens in the process of justifying the limitations that legislature/executive provisions set in the effective protection of rights. This process usually takes the scope of rights as defined by courts for granted, since judiciary is assumed to have the primary role in defining the meaning of rights. For their part, legislature and the executive are the dominant decision-maker about limitations on rights, since political institutions are assumed to have the primary role in articulating and providing fundamental rights. From this perspective, the 'unlimited' override power of the legislatures that the model includes is seen as an instrument for extraordinary circumstances – those when the legislature is convinced that the courts' interpretation of rights is not publicly defensible. This instrument presupposes a sounder and more structured scheme of constitutional conversation for ordinary circumstances – i.e., the process of justification under, respectively, section 1 of the Charter and sections 3 and 4 of HRA.

From this approach, a 'weak-form' judicial review is stronger than political constitutionalists suggest; or, to put it in a more expressive way, there are no strong rights with weak courts. The collaborative model is placed, for this conception, within the context of what has been called the 'culture of justification', namely, a legal culture where the validity of law does not only depend on the constraints of 'manner and form', but also on the "extra procedural constraints"⁴ that fundamental rights bring with them. In this legal culture, legislatures and the executive are allowed to interfere within the scope of rights as defined by the courts, provided that these interferences are subjected to a substantive justification monitored by the legislatures and the courts. In this sense, the collaborative model is not in

¹ Political constitutionalism has been mostly developed in this work from the theories of Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Jeffrey Goldsworthy, Mark Tushnet, and Christopher Manfredi.

² The theory of legality as public reason has been mainly articulated for this study from the conceptions of David Dyzenhaus, Kent Roach, Murray Hunt, and Aileen Kavanagh.

³ Roach (2015), 410-411.

⁴ Rivers (2002), xx.

stark contrast to the strong-form judicial review models. But, then, what is *new* in the collaborative model?

This question leads us to compare our model with the two main models of strong-form judicial review: the so-called ‘American’ and ‘European’ models. In my opinion, all models of constitutional justice that operate under the post-war human rights paradigm try to be institutional expressions of a culture of justification. In this kind of legal culture, the validity of public actions essentially depends on their justification in light of the society’s moral commitments, and courts are the “ultimate enforcement mechanism” for such justification⁵. As we have seen, the European model of review tries to distinguish itself from the American one by a stronger compromise with justification, and it is defended by the authors of what I have called ‘*new constitutionalism*’ as the genuine institutional form of a legal culture based on reason instead of authority⁶. For this motive, my research about the specificity of the collaborative model has ended up focusing on its relationship with the European model.

3. Political Constitutionalism: A Weak Judicial Review

At first sight, it is possible to find two common features between political constitutionalism and legality as public reason. First, the two theories start from the acknowledgment of a reasonable disagreement on human rights in our liberal democracies. This prevents both theories from conceiving the constitutional norm as the stable settlement of a substantive moral consensus, and drives them toward a sharing of procedural conception of the legal principles that limit the normative capacity of legislature. Legal order is for both theories a discursive social practice, which provides the infrastructure of a culture of argumentation; its value is not in its results, but in its procedural and structural principles. Second, both theories conceive the democratic legislature as the main forum of legal norms production, as they share the same substantive ideal of an active citizen who has the necessary resources to participate in the production of the law that applies to them.

However, as we have seen, political constitutionalism and legality as public reason conceive the collaborative model in very different ways. According to political constitutionalists, interpretation of fundamental rights is an essentially political question and, thus, political institutions should exercise it. The rule of law conforms ‘a culture of

⁵ Dyzenhaus (1997), 305.

⁶ The theory of ‘new constitutionalism’ is mainly represented in this work by Robert Alexy, Julian Rivers, Víctor Ferreres, Mattias Kumm and Luis Sánchez Prieto.

argumentation’ (Jeremy Waldron) or a ‘procedural democracy’ (Richard Bellamy), which allows citizens to justify their collective action to each other in terms that respect their nature as autonomous rational agents. In this context, the role of courts would consist of reinforcing the political debate on constitutional rights, both by signalling when they feel parliament might, in the light of a given case, be advised to think again or by indicating where they believe the executive may have overstepped its authority and should be subjected to additional Parliamentary scrutiny. This would be the function of the declarations of incompatibility, which the British version of the collaborative model explicitly establishes. On the other hand, the capacity to strike down legislation, or the power to judge statutes in the light of constitutional values, should be rejected, as they allow judges to supplant the elected branches with their own agenda and to distort the political debate on rights with a ‘legalistic’ reasoning. Political constitutionalists conceive the norms of judicial interpretation as tools to restrict as much as possible a doubtful exercise of discretion, in a way very similar to exclusivist or hard legal positivism.

In Chapter 5 it is argued that this position is inconsistent. In short, the argument is that it looks inconsistent to ask judges to try to follow a positivist conception of fidelity to law, when they have to work within a legal order in which there is not a full legal codification⁷. In any common law legal system, or where there is a constitutional bill of rights, the courts have the duty to interpret the legislation according to their understanding of the fundamental values and principles. The inconsistency of political constitutionalism is to assume that this is the conceptual space where courts have to operate and, notwithstanding, prescribe a judicial reasoning that only makes sense from a positivist conception of law, where all law is positive law.

The same conclusion has been reached in another way. Political constitutionalism supposes a conception of legal authority based on the idea of sovereignty – i.e. the final authority that ‘defines the law’. From this approach, the democratic distribution of power is the only way to prevent an arbitrary use of it. The rule of law is, for this view, a matter of equality of power and highest inclusiveness. By contrast, legality as public reason assumes a conception of legal authority based on justification that requires courts to scrutinize public decisions to the extent that fundamental interests of individuals are at stake. This kind of scrutiny is characteristic of the constitutional paradigm of human rights⁸. Thus, for this theory, if political constitutionalists wish to defend a ‘weak’ form of judicial review, they

⁷ Dyzenhaus (2008).

⁸ Gardbaum (2007), (2010b), and (2014).

would have to assume a conception of legal authority which conflicts with both their theory of law and their idea of the judges' role in legal systems.

With this background, I have discussed what can be considered the three main arguments of political constitutionalists against a 'strong' form of judicial review. First, the argument based on its democratic illegitimacy, which only takes into account the intrinsic value of political participation in equal terms. In this respect, it has been argued that judicial review can be defended as a matter of principle — i.e. as a necessary complement to the democratic process. The capacity to contest decisions by public authorities before courts invoking fundamental rights represents a mechanism of civic empowerment against potentially arbitrary public decisions. As many republican authors have affirmed, it can be considered part of the freedom as non-domination⁹, and has been described in this study as the 'second part' of a deliberative democracy (I will return to this point shortly).

Second, the argument against the democratic legitimacy of judicial review is based also on its harmful consequences for democracy. A strong judicial review may 'debilitate' majoritarian decision-making, as it tends to prevent the public and their democratically elected representatives to form their own views about the Constitution's meaning, counting on the courts to strike those laws that violate the Constitution from the statute books¹⁰. Some political constitutionalists defend section 33 of the Canadian Charter as the best solution to this problem (Tushnet, Goldsworthy and Manfredi). The notwithstanding clause can be associated with the capacity of parliament in common law systems to limit or overrule the judicial definition of the rights by ordinary legislation. However, I do not think that it is appropriate to consider this kind of clause as resting on the principle of parliamentary sovereignty, as some political constitutionalists suggest (in particular, Goldsworthy)¹¹. It does not give the legislator an unlimited normative power. Rather, it should be understood within the framework of section 1 of the Charter, which sets a constructive and principled dialogue between legislators and judges. Given that judges have, under this section, the capacity to make 'inoperative' those laws that they consider incompatible with the Constitution, section 33 allows the legislature to respond in real time to judicial pronouncements, reinforcing the idea that the rule of law is a common project where no power is sovereign. Hence section 1 set a framework of behaviour in which a sovereignty-based use of the override power, shielding legislation from the judicial rights review, does

⁹ In this sense, it can be cited Pettit (1997), 183-200; Richardson (2002), cap. 16; and Spector (2003), 295-304.

¹⁰ Tushnet (1995), 247.

¹¹ Goldsworthy (2010).

not make any sense. Proof of the inappropriateness of this approach is the fact that it underlies the pre-emptive application of the notwithstanding clause, that has made it a politically toxic and, consequently, unusable provision in Canadian society.

Third, although one would accept the legitimacy of the judges to supervise the legislation in a culture of human rights, political constitutionalists insist that this must be accepted as something inevitable that should be limited as much as possible, not only to avoid the debilitation of democracy, but also to elude the ‘policy distortion’ provoked by the interference of judicial reasoning in the political debate¹². According to the theory of legality as public reason, however, the commitment to the protection of human rights necessarily makes the ‘logic’ of proportionality as *the exemplar of public reason*. This does not mean that legislators have to reason in the same way as reviewing judges, but they have to provide the basis of this analysis, which determines the compatibility between legislative/executive measures and the Constitution¹³. The legislators’ concern to find reasons that satisfy the courts is a praiseworthy concern to find public reasons that can justify its decisions in the light of the society’s fundamental commitments. Thus, the role of Parliament with regards to fundamental rights and values is not necessarily submissive or reactive, as they can proactively influence judicial opinion by persuasive arguments on the constitutionality of its laws.

All this lead us to the conclusion that political constitutionalism is not able to justify the intervention of the courts in a constitutional democracy. If electorally accountable powers are the only legitimate branches to define and interpret the constitutional rights, and judicial review is just an instrument without a sound moral merit in itself, and if the judicial intervention mainly provokes an undesirable distortion in the democratic deliberation, then it is not easy to find good reasons for seriously listening to judges. For political constitutionalists, courts can have a role reminding legislators of society’s moral commitments, but judicial interpretation is just another opinion in the democratic debate, without more authority than that of anybody else in the community.

However, defending a robust voice for judges does not necessarily mean defending judicial supremacy. The degree of strength of the judicial review does not depend on its institutional design, but on the legal culture that underlies it. A formally weak judicial review can have the same effects as a strong one in a context where politicians and citizens take the judicial decisions seriously. This is because both ‘weak’ and ‘strong’ forms of

¹² Tushnet (1995), 247.

¹³ Dyzenhaus (2015).

judicial review are the two extremes of a continuum of possible legal orders where there is the same social commitment to human rights. Hence the inconsistency of the political constitutionalism's position, given that one cannot coherently recognize the democratic legitimacy of one extreme of the continuum, and reject the other as a tyrannical regime.

4. The Theory of Legality as Public Reason: An Evolution of the Common Law Tradition

a. A Democratic Culture of Justification

According to legality as public reason, the collaborative model belongs to the modern constitutional paradigm, in which all constitutional schemes aspire to be the institutional expression of a culture of justification. In the ambitious version of this kind of legal culture that the collaborative model defends, *all* public powers are expected to justify their decisions offering reasons that can be reasonably accepted by those subject to them. The protection of human rights is seen as a collaborative and interdependent project in which all public powers should work together assuring the legitimate role of each one. Political institutions promote the general interest according to society's most fundamental commitments, and courts have the duty and capability to scrutinise legislation and governmental action or inaction for compatibility with those values.

A culture of justification contrasts with a culture of sovereignty, where the authority of law depends only on formal, non-evaluative factors. A sovereignty-based legal culture is characterized by a strong division of powers, in which each institution has the supremacy within the sphere of its competence and jurisdiction. In this legal culture, the main task of judicial review is monitoring the borders of this division of labour, making sure that each institution is operating within its sphere of authority. Within these bounds, an institution is not regularly required to justify its actions, but merely to identify the legal source of its authority to act. In a culture of justification, however, the fulfilment of factual tests and the existence of authorization to act are necessary but not sufficient conditions for legitimacy and legality. Rather, the legitimate authority of law is based on the quality of the reasons that justify the governmental action, namely, on the 'cogency' of the justification for public decisions. Within this framework, proportionality is a principle that limits collective action. As part of a culture of justification, proportionality imposes the substantive constraint that majoritarian decisions must be publicly justifiable to those it burdens.

Furthermore, the collaborative model promotes a *democratic* culture of justification in three fundamental aspects: first, the structure of the model includes a mandatory pre-enactment ‘political’ review in which parliament monitors the compatibility of legislation with the protected rights; second, the substantive ideal underlying the model is the active citizen who has the resources to be considered the author of the law to which they are subject; and third, the model introduces a doctrine of judicial self-restraint in the methodology of proportionality, a doctrine which is based on concerns about the appropriate roles of the different branches of government in a constitutional democracy.

b. Form and Substance in the Rule of Law

Unlike the theories that justify judicial supremacy, legality as public reason does not vindicate constitutional review by appealing to a theory of justice external to the concept of law (i.e., a substantive political morality), but to a theory of legality that includes a morality internal to law¹⁴. The uncoupling of the theory of legality from the theory of justice allows us to defend the role of judges not as the guardians of a particular political morality, but as an ultimate legal mechanism by which citizens can be considered the authors of the law that applies to them. In this sense, legality as public reason supports a democratic culture of justification. According to this theory, the individuals have the right to ask public powers the reasons why the law applies to them in a way that addresses them as beings with dignity as responsible agents. Judiciary, formed by independent officials, is a significant (although not the only) institution to exercise this right.

Legality as public reason affirms that the ideal of the rule of law not only serves to make the law into an effective instrument to implement the goals of political power, but also to require deliberative reasons that explain why those goals were chosen in the first place. In truth, the defenders of political constitutionalism also share the idea that the rule of law legitimates the legal system. Both theories affirm that a normative conception of law serves to determine and assess the existence and content of valid law. However, the political constitutionalists’ commitment to parliamentary sovereignty leads them to deny the justificatory dimension of the law. For them, although law imposes restrictions on power, these restrictions do not guarantee the law to be morally justified, as this justification has to come from a substantive morality external to law.

¹⁴ Dyzenhaus (1996), (1998a), (2000).

In this point, legal constitutionalists such as Dworkin completely agree with political constitutionalists. Both believe that any procedural conception of the rule of law is instrumental and morally neutral. For Dworkin, the only way to offer an alternative to legal positivism is to propose a substantive conception that links law with a sound external morality. As a result, the polemic between him and his positivist critiques can be seen as a discussion about the theory of justice that should be incorporated into the law: the substantive view that is ‘correct’ from a philosophical point of view or the substantive view of justice that has public support.

The theory of legality as public reason aims to occupy a middle ground between these two poles. Like the legal constitutionalism of Dworkin, this theory vindicates the justificatory dimension of legality, but, in the same way as political constitutionalism, it does not equate the rule of law with the rule of liberal principle. Legality as public reason identifies legal principles from the institutional nature of law. From this approach, these principles do not necessarily have the content that liberals suggest; rather, all their substance is contingent to the process of deliberation that legality frames and facilitates. However, this theory is rested in an idea of human agency, which cannot avoid some conception of the substantive conditions of agency¹⁵. In this sense, some fundamental rights are an integral part of legality as burdens or fixed points of all the arguments in the production and application of law. But the only necessary aspect of them is their procedural dimension, as requirements of justification; their substantive dimension is, however, constantly open to interpretation.

c. The Legitimacy of Legality

The principles of the rule of law structure a process of public justification and, as such, do not operate “as constraints on democracy, but as its facilitators”¹⁶. In fact, following Jürgen Habermas, we can say that there is an internal connection between the rule of law and democracy¹⁷. This idea means that the appropriate democratic procedures, which serve to produce any positive law that aspires to be legitimate, are also immanent in the idea of the rule of law that gives the positive law its justificatory dimension. In terms of democracy and individual rights, a positive law is justified when and only when it respects the “co-original” nature of public autonomy (the right of all citizens to participate on an equal footing in

¹⁵ I am grateful to Professor Rivers for suggesting me this idea.

¹⁶ Dyzenhaus (1998a), 31.

¹⁷ Habermas (1998), 556-557.

decisions as to the common good) and private autonomy (the rights of all individuals to pursue one's good in one's own way) as the two sides of the basic commitment to equal citizenship. In this sense, the law's democratic legitimacy is contingent on the rule of law mechanisms that institutionalize a public system of moral justification.

But the theory of Habermas does not serve to found a collaborative model of constitutionalism. This is due to the fact that the author draws a sharp distinction between the production of justified law, which he thinks should be only a function of elected powers, and the application of the law, which the judges should undertake, according to him, assuming that the law is already justified¹⁸. Thus, Habermas vindicates a central thesis of political constitutionalism. This distinction, however, is highly controversial. As has been shown by many authors, the judicial activity of interpretation inevitably results in the production of judicial legislation, although it does not have the scope and effects of parliamentary legislation. Judicial interpretation does not 'find' or 'declare' the meaning of laws¹⁹; rather, judges have to justify their interpretations with reasons that necessarily stem, at least partially, from evaluative judgments that are not contained in legislation. This is especially true when the legal system includes a bill of rights (with a superior legal status or not), and judges have to interpret the law according to these rights.

However, although judicial legislation may be inevitable, it can still be something undesirable. Political constitutionalists recognise that a bill of rights unavoidably empowers judges to introduce principles into the legal system that the legislator did not contemplate, and hence they recommend that it be minimized as a necessary evil. For legality as public reason, however, any abstract distinction between justifying and applying the law is unsustainable. In the democratic culture of justification, judicial context is part of the deliberative process of producing and modifying the law. It represents the 'second part' of a deliberative democracy. On one hand, the judicial context is a deliberative forum in its own right, given that judicial adjudication is a form of social order based on reciprocity, which confers the parties a peculiar way of participating in the decision²⁰. On the other hand, courts can steer political powers away from interest-based bargaining and towards values-oriented deliberation²¹. In constitutional review, courts require the legislative and executive branches to engage in the deliberative justification of their decisions, once the litigants have proved the infringement of some of their basic rights. This is especially important for public

¹⁸ Ibid., 334.

¹⁹ Kavanagh (2004).

²⁰ Fuller (1978), 364.

²¹ Fredman (2015), 452.

decisions that affect groups without the political power to influence the decision-making process.

Finally, legality as public reason highlights how the procedural principles of the rule of law influence the moral quality of the statutes' content. The principles of publicity and generality, mainly, require the legislature to be genuinely responsive to the public, and this implies taking into account the different perspectives of all those possibly affected by its legislation in making any particular statute. As a result, the content of the statutes meets a general threshold of interpretability, namely, it can be understandable or interpretable by the public to which it is addressed²². In this way, the formal requirements of legality warrant that the political power will respect its subjects as responsible moral agents. Furthermore, in the process of elaboration and interpretation of the law by the judiciary and the administration, the same principle of responsiveness to the public involves the necessary mechanisms to ensure that the public can participate and contest the application of the law by legal challenge in the ordinary courts and the quasi-judicial forums of the administrative system.

In this type of legal culture, morality is still a check on law, but not as a set of moral values that supposes a standard that operates from outside the process of elaborating and applying the law. For legality as public reason, the moral check is that public decisions should be taken by public deliberation, and then made subject to further deliberation in the light of experience. In fact, certain fundamental rights place real constraints on this public deliberation, both in judicial and legislative decision-making. However, the content of such rights must be open to deliberation in a way that is alien to the liberal tradition.

d. Common Law Constitutionalism

The idea that the tribunal of morality is internal to any legal order is crucial for the common law tradition. For the lawyers and judges of this tradition, law is something alive that evolved through the process of rational deliberation that took place in the practical interactions inside the judicial forum. According to the theory of legality as public reason, the collaborative model follows this tradition in three significant ways: first, in the common law style of legal/judicial reasoning; second, in the cooperative role of the political branches in determining the law; and third, in the conception of constitutional rights.

First, the common law tradition is primarily a “conceptual space” where a particular

²² Dyzenhaus (1996), 173-174; Postema (2010b), 1857-1859.

style of judicial reasoning becomes possible²³. The values and principles of the rule of law presuppose the context in which the content of all the laws and administrative decisions must be interpreted and applied. They occupy a central position in the legal order, and it is precisely this centrality that makes them a proper standard by which one can evaluate statutes. This conceptual space is equivalent to the culture of justification that a collaborative model of constitutionalism aims to create. Both spaces are thought to allow judges to resolve any interpretative problem without steering away from the law. In this kind of reasoning, which is reproduced in every legal system that includes a legal or constitutional bill of rights, the answer is fully determined by law and reason, in the sense that the courts can search for the solution of the particular case through a complex interaction between their idea, or ideal, of law, and the positive legal record that is relevant for that case. The adjudicative theories of Dworkin and Fuller are the kind of theories that explains this common law style of reasoning from the perspective of lawyers and judges.

Second, although in the common law tradition the courts' distinctive function was the interpretation of the law, the cooperative role of the political branches of government was presumed. The common law allowed the courts to call the attention of the political branches to certain fundamental values that were liable to be neglected by politicians and bureaucrats, without giving the judges the responsibility of necessarily having the last word. Courts used presumptions of statutory interpretation to enforce fundamental values, but it was always open to parliament to prescribe by law its intent to depart from those values in particular contexts. In this sense, common law judicial review promoted deliberative democracy by requiring reflection and clear statements by legislatures about how they would treat the fundamental values identified by the courts²⁴. According to legality as public reason, the collaborative model reinforces this cooperative scheme by requiring the courts to interpret statutes in a way that is compatible with the constitutional rights, and by allowing legislatures to enact ordinary legislation that limits or overrides the courts' constitutional decisions.

Third, the old idea of a common law constitution means that the positive law is the empirical evidence of some immemorial legal principles that have their more explicit articulation in judicial reasoning. This is the approach of the collaborative model to constitutional rights. The constitutionalisation of human rights does not mean a radical change in the legal system, but a democratic settlement of the enduring values that conform

²³ Dyzenhaus (2004a), 45; (2010), 198.

²⁴ Roach (2001), 254-260.

to the background of any legal order. This democratic settlement is not seen as something wholly external which has been contingently incorporated into the law; rather, constitutional rights are seen as the result of the evolution of the law (or of our understanding of the law) as a “pull of justification”²⁵. From this approach, the idea of a constituent power is unnecessary. For common law constitutionalism, the last source of law’s authority is the rule of law, not the historical constitution or the constituent power, so enacting a written constitution is not the only way to fulfil the aspirations of constitutionalism.

5. The European New Constitutionalism

According to the theory of legality as public reason, the Commonwealth model shares the purpose of promoting an ambitious culture of justification with the European model. But before comparing these two models from this perspective, it was necessary to briefly expound the main features of the European model and the theory that serves to rationally justify it.

a. The European model

The current European model of constitutional review (especially in Germany, Italy and Spain) shares its main institutional aspects with the American model: the supremacy of the Constitution as the basic legal norm of the state, protected both by a robust rigidity which avoids its amendment by ordinary law, and by a strong judicial review which can overrule legislation when it is incompatible with the constitutional rights. Both suppose the judicial supremacy in constitutional interpretation. The main difference is the presence in the European model of a Constitutional Court that is relatively independent of legislators and ordinary judges, and has the exclusive authority in constitutional review.

In addition, the European model is developed in a very different context to the American. In Europe the State is not considered as a mere aggregation of individuals who live in a given territory and coordinate their activities by means of the public authority, but instead as a union of people who have a shared system of values and endeavour to promote them²⁶. This organic conception of the State is based on a premise of reciprocal cooperation amongst all state organs in the realization of constitutional principles. And in contrast to the

²⁵ Dyzenhaus and Taggart (2007), 152.

²⁶ Cohen-Eliya and Porat (2011), 484-485.

classic American belief in State neutrality, the European model presupposes that the State has the positive duty to create the necessary social conditions for the full realization of the individual autonomy of its subjects. In this sense, the European model tends to promote a liberal perfectionism.

With these premises, we can point out two features that, although common to both models, have each been developed very differently. First, the Constitution represents in both models the introduction in the law of a sound political morality, but while in the American model this means a narrow number of principles of negative nature (i.e., they only restrict the public action), in the European model this morality contains a great number of positive principles in almost all areas of social life. This difference is especially important when we talk about the power of the judges as the guardians of the constitutional rights. In the American model, judicial activism does not go beyond of ensuring that the legislator respects the basic rules of the political and legal order. In Europe, however, ordinary judges should apply the constitutional principles that guide social and economic policy in the course of ordinary litigation.

Second, the Constitutional Court of the European model has a very similar role to the US Supreme Court in the positive development of the law. Both courts can modify legislative provisions through their interpretative powers, and can invalidate those laws that are incompatible with the constitutional rights. However, both courts occupy very different positions in the constitutional framework, which implies different effects in their legislative role. In spite of its power through the doctrine of *stare decisis*, the US Supreme Court is only a court, hence its power to create law cannot go beyond judicial law-making, which is a more limited activity than legislation, i.e. the legislative ability of elected representatives. In contrast, Constitutional Courts are not strictly tribunals of justice, but separate, specialized jurisdictions which exercise review powers exclusively, often at the behest of a governmental entity rather than a private litigant, and only in the course of proceedings distinct from regular litigation. Their specific mission is to control the legislator, and this tends to promote activism. They are expected to gain their own space in the institutional system applying an intense scrutiny of the legislation²⁷. Furthermore, they do not strike down unconstitutional statutes only for the cases they have to decide (and analogous cases), leaving the task of invalidating or reforming those statutes to parliament, but they expel them from the legal system once and for all, modifying the positive law directly.

²⁷ Ferreres (2011), 130.

This last point brings us to something that is crucial in our comparative study. The superior position of the Constitutional Courts allows them to regularly adopt an ‘optimizing’ conception of proportionality as the main standard for constitutional review. This conception implies a kind of methodology that is ‘neutral’ or independent from both legislator and ordinary judge institutional perspectives. European proportionality is a strictly rational method to evaluate the limitations of rights. However, the courts of the common law (or the ordinary judges in the civil law with a constitutional bill of rights) cannot adopt this perspective, because they are subjected to the questions of relative institutional competency and democratic legitimacy. I will develop this point further on.

b. The Theory of New Constitutionalism

An important legal doctrine, which I call ‘new constitutionalism’, defends the current European model of review as the genuine expression of a culture of justification. In fact, ‘new constitutionalism’ is more a trend of thought than a coherent and homogenous theory. However, there are certain theses and discussions that can be used to characterise it as influential doctrine in the contemporary legal and constitutional thought. First, new constitutionalism supposes a revision of the central thesis of legal positivism, although there is disagreement on the scope and intensity of this revision. In my opinion, new constitutionalism theory is based on an ‘inclusive’ positivism that considers constitutional principles as a substantive political morality contingently included in the positive law. From this approach, the constitutionalisation of the legal system is not thought as an internal evolution of the system, but as a genuine revolution, caused by the incorporation of substantive standards in the rule of recognition of the system.

Second, new constitutionalists share two important theses with the defenders of the American model: the judicial supremacy in constitutional interpretation, and the extraordinary relevance of the constituent power in the supremacy of the Constitution. In both models, the exercise of the constituent power results in the subordination of the legislator to the authority of the ‘people’, considering the written Constitution as the highest source of the law. In other words, in both models the concept of constituent power is linked to the idea of constitutional rigidity. But, if constitutional judges are the final authority to determine the interpretation of the Constitution, and this law is the expression of the will of constituent power, we could conclude that, in the American and European models, parliamentary sovereignty has been replaced by judicial sovereignty (or, in the European

case, the sovereignty of the constitutional court). However, according to the new constitutionalists, the supremacy of the constitutional judges does not mean the subordination to an arbitrary will, as judges do not have strong discretion. This is because, for these authors, the abstract constitutional principles, in spite of their high level of indeterminacy, reduce and do not extend judge's discretion. New constitutionalists rely on legal argumentation to secure the 'ultimate' rule of law. This is in stark contrast to the scepticism of political constitutionalists. The theory of legality as public reason tries to occupy a middle ground between these two edges, as it assumes, against the new constitutionalist's rationalism, a more pragmatist attitude, in the hope that the deliberative argumentation between legislators and judges brings a permanently open process of moral learning.

Third, for some new constitutionalists, the European model could come even closer to the American model, assuming a decentralized system of constitutional review. This would mean the full equivalence with the American model, with the only exception of the material content of the constitutional principles, which would keep a different level of judicial activism. However, in my opinion, the centralized system of constitutional review is inherent to the central tenets of the European model. Since the Renaissance, continental Europe has shared the Roman or civil law tradition, where ordinary judges have a mainly 'legalistic' training and are used to reason in a very formalistic way. In this context, the existence of a constitutional court, "which does not withdraw from the most abstract principles of political morality that appear in the Constitution"²⁸, can be considered legitimate and necessary. Moreover, the introduction of human rights in a concentrated system results in a highly protective model, where constitutional judges force legislators to improve the quality of their arguments about the validity of the laws, which may be greatly recommended for societies that depart from an oppressive regime and intend to carry out a full renovation of their constitutional framework.

6. The Modern Constitutional Paradigm

New constitutionalists affirm, like the theory of legality as public reason, that the constitutional paradigm of human rights presupposes and promotes a culture of justification. But they seem to suppose that the European model of review is the ultimate expression of

²⁸ Ferreres (2011), 87.

this kind of legal culture²⁹. For legality as public reason, however, it is more appropriate to say that, under the present paradigm of human rights, any constitutional scheme aspire to become the institutional mechanism of a culture of justification. According to this approach, the difference between the three constitutional models that we have been analysing in this work (the American, the European and the Commonwealth) refers only to *the approach* with which each of them conceives and deploys the requirement of justification³⁰. The American model promotes a particular culture of justification on the basis of the moral principles that protect individual autonomy against State interference. But individual rights are not considered as absolute in this model. In spite of the fact that there are not limitation clauses in the US Constitution, limiting or restricting rights to promote a compelling public interest is something properly recognized by the practice of the US Supreme Court³¹.

In Europe, the requirement of justification is fulfilled on the basis of moral principles that oblige the State to intervene actively in the effective realization of the autonomy of individuals. The greater intensity of justification in the European model is due to its organic and perfectionist conception of the State, and also to its centralized system of constitutional review. Thus, while in the American model the term ‘balancing’ commonly refers to the entire process of determining whether or not a constitutional right has been justifiably limited by a conflicting governmental interest, in the European model ‘proportionality’ refers mainly to the final prong of the test for limiting rights, usually called ‘proportionality *stricto sensu*’, which represents the highest level of intensity in the constitutional scrutiny.

The Commonwealth model shares the same paradigm, but with a more democratic approach. Rather than promoting justification as an instrument to achieve the progressive realization of a substantive political morality, this model encourages justification as an inherently valuable requirement. In other words, instead of presupposing a theory of justice based on a certain conception of human rights, with a view to ensure the full development of human beings as moral agents, the collaborative model takes a procedural and substantive conception of legality as its point of reference, in order to institutionalize a democratic culture of justification. Accordingly, it adopts a process-oriented vision of judicial review and a procedural conception of constitutional rights.

²⁹ Cohen-Eliya and Porat (2011), 474-482.

³⁰ This position contrasts with the very extended idea that the American model supposes an exception in the modern constitutional paradigm, see S. Calabresi (2006); Weinrib (2006) y Schauer (2005).

³¹ Gardbaum (2007), 808. Against the idea of American exceptionalism, see Aleinikoff (1987), Beatty (2004) and Gardbaum (2008) y (2010b).

With different intensities, the three models share the main feature of a culture of justification: a scheme of rationality *shared* by legislators and judges. Unlike a culture of sovereignty, which supposes a deep divorce between legislative and judicial rationality, the paradigm of human rights represents a requirement of a greater justification: appealing to the authorization of procedure is not enough; it is also necessary to address the contents. In this sense, we can talk of the *legal reason as the exemplar of public reason*. The methodology of proportionality, designed firstly for constitutional review by the courts, has extended its logic to the whole public reason nowadays.

The current European and Commonwealth models share the promotion of a much more ambitious culture of justification than that of the American. This is based on a number of common features between the two models: a broad conception of human rights that includes both ‘negative’ and ‘positive’ rights; a broad approach to constitutional interpretation with an emphasis on principles and values rather than on text; low barriers to substantive review; no legal ‘black holes’ (areas or actions with respect to which government needs to provide no justification); and a two-stage form of judicial review, identifying the infringement of the right, and justifying the infringement, with an emphasis on the second stage of justification³².

However, this more ambitious culture of justification has a very different materialization in each of these two models. In Europe, it results in a strong intervention of constitutional courts in the legislative competence of political institutions. This phenomenon is greatly a consequence of the central position that these courts occupy in the political order of European countries. They are the supreme authority in constitutional review, above legislators and judges, which means that they can address the substantive question of proportionality without having to be concerned about the questions of relative competence, expertise and legitimacy that determine the performance of the courts (including the supreme courts). This approach leads easily to a form of review where the constitutional courts do not only concentrate on giving reasons to support their invalidation of a law, but also tend to suggest how to fix it. Thus, European constitutional courts frequently offer direct and specific instructions on how an unconstitutional statute can be redrafted into constitutionality, providing sometimes even the draft statutory language that the judges say they would find constitutional³³.

³² Cohen-Eliya and Porat (2011), 474-479.

³³ Stone Sweet y Shapiro (1994), 403-404.

By contrast, when only courts do constitutional review, as it happens in the collaborative model, the proportionality analysis inescapably includes an institutional analysis, in which judges evaluate their proper constitutional role in the context of each case. As a result, the ‘judicialization’ of the legislative process is not so questionable from a democratic point of view. Instead of giving the interpretative supremacy to a court relatively independent of both legislators and judges, the Commonwealth model promotes a cooperative scheme where determining the meaning and extension of constitutional rights is a common project of all the branches of government. For this, the methodology of proportionality has to include a test of due deference which specifies the intensity or intrusiveness of judicial review in light of the circumstances of each case.

7. Two Views of a Culture of Justification

The comparative study between the European and Commonwealth models of constitutional review focused on four main issues: first, the question of constitutional power, second, the conception of constitutional rights; third, the analysis of proportionality; and, fourth, the role of judges in a democratic society.

a. The constituent power

In continental Europe, current constitutions are typically conceived as the culmination of liberal revolutions that tried to end with the absolutist state of the seventeenth century. Nowadays, however, there is a process of internal erosion that is diminishing the states’ monopoly of political power over their territories, domestically as well as internationally, and this process is seen as endangering the achievement of constitutionalism altogether³⁴. But this view seems quite reductionist. The modern constitutionalist movement also includes the Commonwealth countries, where the object of this movement was never the absolutist state. In these countries, the constitution (or the constitutionalisation of the legal order) is not essentially different from the rule of law, namely, the government of a number of values and principles with which legislation should be compatible to obtain legal validity. In this sense, the achievement of constitutionalism is not only reflected in written, rigid and courts-enforced constitutions. In countries such as the United Kingdom, Canada, New Zealand or Australia, the constitutionalist project has produced different developments.

³⁴ Grimm (2010), 3-5.

Furthermore, in continental Europe the distinction between constituent and constituted power is seen as necessary to explain the primacy of the law of the constitution. According to this view, the authority of the constitution as ‘higher law’ finds its origin with the people as the only source of power. But this brings us to an ambiguous position, where the constituent power is and is not extra-legal at the same time — or where the ‘higher law’ is and is not part of positive law. In contrast, in common law tradition, the idea of a constituent power is superfluous. For this tradition, law’s authority is understood as a matter internal to legal order, which supposes a disciplined practice of public reason. The decision to promulgate a written, rigid constitution has a tremendous impact on the practice of reason-giving, but it does not result in a practice radically different to the previous one. The constituent power’s authority is founded in the rule of law (understood as the unwritten constitutional morality of legal order), not the other way around. Hence the idea of a founding constituent power is not only unnecessary for legal theory, but also can be subversive to the very ideal of the rule of law.

b. Constitutional Rights

The European model operates with a conception of constitutional rights as optimizing requirements. In contrast to a culture of sovereignty, where rights are seen as marking the boundaries of the government sphere of action, the European model promotes a culture of justification where constitutional rights are treated as values (substantive goods) that reflect aspirations to a fairer and more egalitarian society. Rights are, like public interests, positive values to be promoted and respected as much as possible by governmental action. All those values are part of a sound and universal substantive morality, which can be called the morality of human rights. It has been contingently incorporated in the positive law, provoking a revolutionary change with respect to the European characteristic tradition (basically positivist). This morality is not a homogenous moral philosophy, or a closed and univocal frame for social living. Nor is it a social consensus with undisputed points. Rather, it includes a plural constellation of universal values, which may give rise to a plurality of constitutionally possible worlds.

In the European model, once these moral standards are incorporated to the law, they are directly applicable by courts. This means the omnipresence of the Constitution and, accordingly, the omnipotence of courts, as these standards can be found behind any controversy, legal provision or administrative decision. This judicial omnipresence

inevitably reduces the autonomy of the ordinary legislator. However, for the defenders of this model, the normative standards of the constitution do not expand, but reduce, the judicial discretion, in spite of their multiplicity and high level of indeterminacy. Where there was only the arbitrary whim of legislators, now there is an argumentative principle (proportionality) that guides the judicial application of normative standards. New constitutionalists trust in the potential of legal argumentation for meeting the legitimate social aspirations to progress and rationality.

In contrast, the Commonwealth model is based on the theory of legality as public reason. For this theory, constitutional rights are part of the legal frame that disciplines any rational explanation of public decisions. Legality is not a morally neutral instrument to communicate the orders of power to its subjects; rather, it contains basic values and principles that respond to substantive concerns and raise the moral quality of legislation. These principles constitute the legal infrastructure of a deliberative democracy. They assure the integrity of collective decision-making and, with that, the capability of a deliberative democracy to find and implement the principles of a sound morality. Some substantive principles (as the familiar freedoms of private autonomy and rights of participation in the political process) are so essential in sustaining the practice of deliberation, that their entrenchment seems legitimate and necessary. But it does not mean that these rights should be taken off the political agenda as if they were part of a sound morality contingently incorporated to law from the outside. They are part of legality as fixed points of reference that place real constraints on both judicial and legislative decision-making. But at the same time they are open to interpretation in particular contexts, as it is always possible to contest their current content in the ‘unfinished project’ or ‘living tree’ which any constitution represents.

For legality as public reason, constitutional morality (the set of values that we consider so important to enforce them by law) is produced by public political deliberation, so any substantive moral content is contingent on deliberation. Only the procedural dimension of fundamental rights is necessary as part of the internal morality of law. That procedural dimension expresses ‘the constitutional responsibilities of legislators to justify their legislation to free and equal citizens’³⁵.

The idea that legality has its own morality is not only due to Lon Fuller, but is characteristic of the common law tradition. According to common law jurisprudence, law is

³⁵ Dyzenhaus (1996), 163.

best conceived not as a set of discrete rules, but as “a discipline of public practical reasoning” that evolves through a process of deliberation by a judicial élite³⁶. In the theory of legality as public reason this idea is extended, through the legislature, to the citizens as free and equal participants in a deliberative process of determining the law.

c. Proportionality

The theory of new constitutionalism defends an ‘optimizing’ conception of proportionality which derives from its definition of constitutional rights. This theory moves in a high level of abstraction, as it understands the doctrine of proportionality as including the principles that define the ‘immanent limits’ of the rights in the circumstances, according to what is factual and legally possible³⁷. Rights have no limits before or apart from the application of principles of proportionality; one must find the limits of the rights striking a balance between them and the other interests and values that conflict with them in every specific circumstances. European proportionality is thought to resolve in the best possible way the substantive question of when a limitation of rights is justified, to identify ‘the rational optimization of the common good’³⁸.

By contrast, legality as public reason distinguishes between two kinds of limits: the internal limits, which define the ‘scope’ of the constitutional rights, and the external limits, which determine the ‘extension’ of their effective protection or realization³⁹. While internal limits identify the content or the meaning of rights, and their elaboration is made by constitutional interpretation, external limits set the legal limitations to the effective exercise of rights within the sphere predetermined by their scope. In the collaborative model defended by legality as public reason, defining the meaning of rights corresponds to the courts, although judicial definition can be overridden by legislative power through ordinary majority vote. Legislature and the executive have the principle role in defining the limitations of rights, providing a justification of the reasonableness of those limits, whose proportionality will be reviewed by the legislature and the courts.

The theory of legality as public reason defends an approach that does not make any significant distinction between substance and form. From this perspective, the principle of proportionality within the judicial review should not be equated with a ‘correctness’

³⁶ Postema (2010a), 260.

³⁷ Alexy (2002), 179.

³⁸ Rivers (2006), 181.

³⁹ Barak (2012), 19-26.

standard. This means that it is not for the court to come up with the best or ‘correct’ or ‘optimal’ solution to the issue at hand. Rather, proportionality requires the court to scrutinize the justification of the chosen solution to ensure that the limitation of rights is not *excessive*. This is the core of a ‘reasonableness standard’ of review: the courts do not interfere if they find that there is a ‘reasonable proportionality’ between the means employed and the aim sought to be realised, so they test to see if there is an unacceptable ‘disproportionality’ in the circumstances of the case. Accordingly, under this conception, proportionality as a judicial standard of review is better seen as a negative or restrictive standard: courts must assess whether public decisions are not disproportionate. From the court’s point of view, proportionality is not an ideal that public agents have to pursue, but a standard that public agents can infringe⁴⁰. This is why collaborative judges usually see ‘proportionality in the narrow sense’ test in a similar way as the ‘necessity’ test; it’s simply the best way courts are faithful to their role as second decision-makers.

Of course, new constitutionalists are not unconscious of the institutional limits of the courts. As Julian Rivers acknowledges, reviewing courts can only use European proportionality when it is implemented with an additional doctrine of institutional competence and constitutional legitimacy; otherwise courts could usurp the functions of the other branches of government⁴¹. According to Rivers, the courts must distinguish between reasons for deference and reasons for self-restraint. Reasons for deference stem from the epistemic uncertainty of courts about issues that falls within the ambit of competence and expertise of the primary decision-maker. Reasons for self-restraint appear when the substantive analysis of proportionality gives two or more proportionate decisions, and the primary decision-maker has greater constitutional legitimacy to choose between them⁴².

However, the optimizing conception tends to underplay these formal considerations. It is a conception designed by and for the European Constitutional Courts, whose institutionally neutral perspective allows them to put any concern about the limits of their role at second level. In a collaborative model, however, constitutional review is made by ordinary judges, which means that proportionality is inevitably tangled with a doctrine of judicial restriction (the doctrine of due deference). This presupposes that courts should not make their own judgment about proportionality as if they were the primary decision-makers. Their task as secondary decision-maker means that, although they are entitled to make their

⁴⁰ Kavanagh (2009), 241.

⁴¹ Rivers (2006), 182.

⁴² Ibid. 191-193.

own assessment about the various interests at stake in the proportionality enquiry, they owe a degree of deference to the solution chosen by the political institutions. They have to take into account both institutional and constitutional factors, in order to adjust their degree of deference to the decision and justification of the primary decision-maker. Neither of these factors, however, forces the court to defer automatically. Deference as respect is something that has to be earned, so expertise, competence and legitimacy have to be proved by political institutions as relevant factors justifying judicial deference.

In addition, deference is a matter of degree, and refers to the intensity with which the court will apply the proportionality test. There is a mutual influence here between form and substance: institutional and legitimacy factors determine the degree of judicial deference to the assessments of the primary decision-maker about the importance of the right, the severity of its violation and the importance of the legislative or executive objective; simultaneously, the court has to make its own judgment about all these substantial factors to assess the importance of those formal or institutional factors.

Furthermore, this conception of proportionality review requires a deliberative approach according to which courts should be more interested in the quality of the reasoning of the primary decision-maker (the quality of the decision-making process), than in the result of that reasoning in itself. This type of reviewing includes checking to use whether the decision-maker has framed the issue in the right way, which means not only checking how facts were approached, but also how they were characterized. Courts should defer to legislative limitations of the rights or to administrative interpretations of the law when the reasons of the legislative or the officials, respectively, provide a reasonable basis for the decision.

d. The Role of the Courts in a Democracy

European new constitutionalism seems to present the principle of proportionality as an objective method with which constitutional courts can rightfully base their supremacy as the sovereign interpreters of the constitution. From legality as public reason, however, this represents a form of addressing constitutional issues that is deficient from a democratic point of view (however it can be justified from other perspectives). Only where there is a high level of moral consensus could we reasonably expect a beneficial effect from judicial supremacy, but this seems not to be the case in our current democracies. Rather, a reasonable disagreement about the last compromises of society requires a strong role for

representative forums. Under a culture of justification, public authority in all its acts and decisions should apply the ‘logic’ of proportionality. But judges are only second decision-makers, so proportionality inside the judicial review has to be conceived as a standard of reasonability, inextricably linked with a doctrine of due deference. Accordingly, in the collaborative model of review, courts apply a correctness test, and simply substitute their own view for that of the public agent, only when they are convinced to some relatively strong degree of certainty that a public decision is disproportionate (and/or that disproportionality violates the rights to a substantial degree), and the justification offered by public authority does not satisfy the judges⁴³.

In the European model, there is not inter-institutional contrast of interpretations about the Constitution, namely, theoretical discussions about the definitions of fundamental rights: constitutional principles are what constitutional courts say they are in their sentences, which can be identified by factual, non-evaluative tests. This does not become a culture of sovereignty because of the proportionality-based argumentation with which the constitutional court settles the fundamental rights questions. But this model does not promote the deliberations on rights in lower judicial levels, nor in parliament, given that all the constituted powers should follow the jurisprudence of the constitutional court as the genuine voice of the constituent power on the resolution of human rights issues.

8. Proportionality and Deference in the Collaborative Model

In a collaborative model of constitutionalism, proportionality implies a ‘restrictive’ review in two senses. First, it is a methodology designed by and for judges to assess whether public decisions are not disproportionate; it is not conceived to find the optimal or ideal balance between the general interest of the community and the fundamental rights of the individual, but to ensure that any invasion of those rights are kept to the minimum. Second, it warrants judicial interference to protect rights as limits to the freedom of action of legislative and executive bodies, who have the duty to give reasons for the justification of all their decisions, to the extent that they limit the extension or effective realisation of rights. Accordingly, the restrictive character of proportionality presupposes a certain division of labour, where the courts should play a distinct and complementary role to that of the legislature and the executive. Proportionality encourages courts to protect rights, while requiring political institutions to justify the interferences in the rights of their public policies.

⁴³ Kavanagh (2009), 171; Perry (1989), 932-936.

The distinction between rights and public policies is controversial. Most of the constitutional cases include both kinds of questions, and the protection of fundamental rights is a common project of the three branches of government in a culture of justification. However, the distinction is important, and it is part of the courts' responsibility to determine what type of policy decision is appropriate to their institutional features, competence and legitimacy, and what type of policy decision is beyond that competence. It brings us to the difficulties that *a doctrine of due deference* has to address. On the one hand, the mere presence of an element of public policy does not mean that the issue is necessarily beyond review by the courts; rather, it means that the courts must fulfil their duty of protecting constitutional principle, whilst taking into consideration any limits on their expertise, competence or legitimacy that may suggest a degree of deference. On the other hand, the determination of how much deference is due to the political institutions cannot be answered by simply demarcating subject-areas where deference is appropriate; rather, judges have to conduct an enquiry into the limits of their institutional role, bearing in mind all the factors relevant in the particular case.

An important consequence of conceiving constitutional rights as limits to the prosecution of public good is that the third and fourth stages of proportionality analysis (necessity and proportionality *stricto sensu*) are seen as two ways to do the same thing: to test the justification of a legislative/executive measure to ensure that the limitation of rights is not *excessive*, namely, that the magnitude of the infringement in terms of rights is proportionate to the competing policy aim being pursued. The courts will, in general, only interfere if the rights violation is clear and substantial and the justification provided by the main decision-maker does not satisfy the courts. They test to ensure that there is a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"⁴⁴.

The relationship between proportionality and reasonableness is an issue far from clear in common law systems. From my point of view, within a collaborative model of constitutional review both standards of review are substantially indistinguishable. In order to assess whether a decision is within the range of rational or reasonable decisions, one is necessarily drawn into assessing the balance the decision-maker has struck. Given that most of the impugned decisions are made by striking a balance between competing interests, it is difficult to see how the court can assess whether a public decision is reasonable (when

⁴⁴ *R. v. Lambert* [2002] 2 A.C. 545, at [190] (Hutton L.J.).

reasonableness includes the protection of human rights) without assessing whether the balance struck by the decision is reasonable. Contrary to general belief, proportionality does not seem to be a more intensive standard of review than *Wednesbury* unreasonableness. The intensity of review is not determined by which test is used, but by the willingness or ability of the courts to interfere in the decisions of the elected branches⁴⁵.

However, there are at least three advantages in adopting the proportionality analysis in the context of constitutional review. First, it is argued that the proportionality analysis provides a much more structured, transparent and systematic instrument of scrutiny than *Wednesbury* unreasonableness. The proportionality enquiry offers the court a framework of separate questions they should pose to the primary decision-maker. Second, although the reasonableness test is not, in itself, more deferential than proportionality, it is true that it has been traditionally formulated with a high degree of deference. Despite its changes and adjustments (as the important ‘anxious scrutiny’ of *Smith* in the context of human rights)⁴⁶, it never lost its baggage of excessive deference. In contrast, the proportionality test has provoked a change in judicial culture, one where courts feel legitimated to exercise a more intrusive review of decisions made by the elected branches⁴⁷. And, third, proportionality clearly places the onus on the State or the public authority to justify their decisions. The conventional *Wednesbury* review used to have a restrictive attitude in terms of proof and onus of proof. Public officials rarely gave reasons for their decisions, and the onus was on the applicant for judicial review to demonstrate the unreasonableness of the decision⁴⁸.

Due deference is a doctrine of judicial self-restraint that stems from concerns about the proper role of the different branches of government. It is not about the existence of jurisdiction in a specific area (a question always considered crucial in the ‘classic conception’ of judicial review), but about the desirability of interfering in decisions where courts are in principle authorised to do it, in light of their own limits of competence, expertise and legitimacy. This doctrine refuses spatial metaphors like ‘margins of appreciation’ or ‘discretionary areas of judgment’ within which primary decision-makers are simply beyond the reach of judicial interference. These metaphors respond to a conceptualization of public law in terms of “competing supremacies”, which requires defining the proper boundaries to the respective powers of the different branches of government. By contrast, the doctrine of due deference requires that the language of

⁴⁵ Hunt (1997), Hoffmann (1999a), Elliott (2001a), Kavanagh (2009).

⁴⁶ *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] Q.B. 517.

⁴⁷ Kavanagh (2009), 253-254.

⁴⁸ Taggart (2008), 428.

sovereignty be abandoned and replaced all together by the language of justification. In a justification-based model of separation of powers, courts may have good reason not to interfere with the decisions of the legislative and public authorities, but such deference from the courts have to be *earned* by the primary decision-makers by openly showing the justifications that give support to their decisions, demonstrating the reasons why they are worthy of judicial respect⁴⁹. The doctrine of due deference presupposes a conception of legality in which the majoritarian branches of government and the administration have a significant role in defining and promoting society's fundamental values.

The doctrine of due deference implies that, evaluating the justification of public decisions, courts should take into account the limits of their own competence, expertise and legitimacy. Proportionality and due deference are complementary analysis. The first one warrants that courts require political institutions and public authorities to properly justify their decisions to the extent that they interfere with fundamental rights; the second one warrants that legislative, the executive and the administration have a significant voice in the definition of the scope and extension of the protected rights. The doctrine of due deference allows us to assume the radiating effect of the fundamental rights in the whole legal system, without having to accept necessarily a model of judicial supremacy. The aim of a doctrine of due deference is precisely to introduce in the methodology of proportionality the concerns about the proper limits of the judicial role, helping to reconcile the twin demands of protecting fundamental rights and respecting representative democracy.

9. A Process-Oriented Judicial Review, or 'Outcomes Aren't All'

In a collaborative model of constitutional justice, proportionality enquiry is not related to correctness, but rather to reasonableness. According to this approach, the question of proportionality is for the primary decision-maker (legislative or executive), and the role of judges to check to see whether the decision-maker has framed the issue in the right way, subjecting to scrutiny the reasons provided by the decision-maker to assess if the decision is justified. Although the courts must 'make their own judgment' with regard to proportionality in order to assess the cogency of the justification advanced in support of the measure, they must bear in mind that they are the secondary decision-maker, and, as such, they are obliged to pay due deference to the solution adopted by the primary decision-maker. Their task is to

⁴⁹ Hunt (2003), 339-340. In a similar sense, Prieto Sanchís distinguishes between a "geographical model" and an "argumentative model" in conceiving the relationships of the legislation (or politics) with the constitutional rights (or the Law), see Prieto Sanchís (2004), 56.

review the justification advanced in support of the measure, and to assess the cogency of that justification⁵⁰.

This approach connects the decision-making process with the substance of the decision at issue. The reasonableness standard not only requires that the decision-maker justify the infringement of the right, but also that that justification regards persons as bearers of rights. In other words, the requirement of reasonableness follows from the principle of equal respect and consideration underlying any impartial deliberation⁵¹. This principle aims to ensure that public decisions, which inevitably operate to benefit some and disadvantage others, respond to a previous judgment in which the interests of all affected have been weighed with equal consideration. As a result, statutes and administrative acts are justified only if they set reasonable inequalities.

This process-oriented review was applied, without any systematic articulation, by the Supreme Court of Canada under the Charter in several leading cases, both in constitutional (*Edward Books*, *Irwin Toy* or *RJR-MacDonald*)⁵² and administrative law (*Baker*)⁵³. However, it was explicitly rejected by the UK Supreme Court in different judgments (*Denbigh*, *Miss Behavin'* and *Nasseri* are the most well-known)⁵⁴, where the judges defended instead an outcome-driven approach of human rights protection. However, I believe that the process-based review accords better with the kind of institutional interdependence that a collaborative model of constitutional justice tries to promote. It encourages that public and political institutions engage in the process of determining how fundamental rights should be interpreted and applied, with the aim of earning judicial deference. Insisting that decisions be made in the right way, courts help embed a human rights culture in public decision-making. On the other hand, a process-based review is in line with the institutional features of the courts, which allow them to be better situated to assess matters of procedure and identify procedural defects in reasoning processes than to second-guess the primary decision-maker on substantive findings.

A process-based review leaves the substantive choices on constitutional rights to the elected powers, focusing mainly on ensuring that these powers pay due consideration to

⁵⁰ Kavanagh (2009), 240.

⁵¹ Ferreres (2011), 243.

⁵² *R. v. Edwards Books*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 S.C.R., 199.

⁵³ *Baker v Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* [1999] 2 SCR 817.

⁵⁴ *R. (Begum) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15; *Belfast City Council v Miss Behavin' Ltd* [2007] UKHL 19; *R. (on the application of Nasseri) v Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 23.

those rights. It attempts to be half way between ‘pure substantive review’ (where only the end product of the legislative or decision-making process is subject to judicial review) and ‘pure procedural review’ (where courts focus exclusively on an examination of the procedure leading to statutes’ enactment or to public decisions’ commandment). It represents, thus, a more deferent judicial review than the first one, but without leading to the submissive attitude of the second one.

In fact, this kind of judicial review is not only operating within the Commonwealth model, but it is beginning to establish itself in the European Court of Human Rights and the European Justice Court, as well as in some European constitutional courts⁵⁵. However, it presents some controversial aspects. The first and maybe the most important one is that it seems to implicate an illegitimate interference of courts in the internal process of political decision-making. In my opinion, this important critique can be answered invoking the fundamental confluence of legal and political reasonings in the modern constitutionalist paradigm.

In addition, a process-based review requires courts to make substantive judgments, so it is susceptible to the main criticisms levelled against substantive judicial review. In fact, it not only puts judges in the position of making judgments about which substantive values merit greater judicial protection; it also puts courts in a position of dictating to the legislature/executive which substantive values merit greater attention from them. Although its procedural aspects allow this form of review to blunt these criticisms, unlike the purely procedural model, it cannot completely avoid them. To my mind, the only possible reply in this respect is that in the process-based review courts should apply the proportionality analysis along with an analysis of their own competence and legitimacy in the context of each particular case, as the doctrine of due deference dictates.

Finally, this kind of judicial review raises difficult methodological questions related to how the procedural and substantive aspects of the contested decisions should be complemented with each other in order to determine the permissibility or incompatibility of those decisions. In this respect, I think that the procedural aspects should not have equally relevant consideration both in concluding that infringements were permissible and in concluding that infringements were impermissible. Even the most meticulous legislative/executive deliberation can be, according to the reviewing court, an insufficient

⁵⁵ Popelier (2012), Keyaerts (2013).

consideration for sustaining laws and public decisions. Otherwise, we would be defending deference as submission.

Democratic autonomy requires that the people who make decisions about how we should be governed should be accountable by being elected and required to submit themselves to re-election. But it does not mean that we must assume a conception of authority according to which democratic considerations are second-order reasons that impose, to courts and citizens, the mere submission to public decisions because of the identity of the decision-maker. Notwithstanding, if we desire to avoid the judicial supremacy, it is necessary to introduce these considerations in the culture of justification, so as to ensure that reviewing courts give a substantive weight to the democratic pedigree of the decision-maker, the extent to which affected interests have participated in the process leading to the decision, and the availability and effectiveness of the other forms of accountability. The main aim of the theory of due deference is precisely to help determine what role these considerations should play in judicial review, and how to incorporate them alongside other factors in the methodology of proportionality.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1993) *We the People: Foundations* (vol. 1). Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ALEINIKOFF, Alexander (1987) “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, 96(5), 943-1005.
- ALEXY, Robert (1999) “A Defence of Radbruch’s Formula”, en D. Dyzenhaus (ed.) *Recrafting the Rule of Law*. Oxford, Hart Publishing, 15-39.
- (2004) *El concepto y la validez del Derecho* (2ª edición). Barcelona, Gedisa (trad. cast. de J. M. Seña).
- (2007) *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª edición). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. cast. de C. Bernal Pulido).
- ALLAN, James (2011) “You Read Words In, You Read Words Out, You Take Parliament’s Clear Intention and You Shake It All About — Doin’ the sankey hanky panky”, en T. Campbell, K. D. Ewing and A. Tomkins (ed.), *The legal protection of Human Rights: Skeptical Essays*. Oxford, Oxford University Press, 108-126.
- ALLAN, Trevor (1999) “The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism”, *Law Quarterly Review*, 115, 221-244.
- (2001) *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012) “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, 10(1), 65-116.
- ATIENZA, Manuel (2007) “Argumentación y constitución”, en J. Aguiló Regla, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Madrid, Iustel, 113-181.
- BARAK, Aharon (2010) “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, 4(1), 2-18.
- (2012) *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (trad. ing. de D. Kalir). Cambridge, Cambridge University Press.

- BAR-SIMAN-TOV, Ittai (2011) "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", *Boston University Law Review*, 91(6), 1915-1974.
- (2012) "Semiprocedural Judicial Review", *Legisprudence*, 6(3), 271-300.
- BAYÓN, Juan Carlos (2004) "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís, J.R. de Páramo Argüelles (eds.) *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 67-138.
- BEATSON, Jack, GROSZ, Stephen, HICKMAN, Tom, SINGH, Rabinder and PALMER, Stephanie (2008) *Human Rights Protection in the United Kingdom*. London, Sweet & Maxwell.
- BEATTY, David M. (2004) *The Ultimate Rule of Law*. Oxford, Oxford University Press.
- BELLAMY, Richard (2007) *Political Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press.
- (2011) "Political constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law*, 9(1), 86-111.
- BENTHAM, Jeremy (1988) *A Fragment on Government*. Cambridge, Cambridge University Press.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2009) *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BICKEL, Alexander M. (1986) *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962] (2ª edición). New Haven, Yale University Press.
- (1975) *The Morality of Consent*. New Haven, Yale University Press.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (1989) *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- BULYGIN, Eugenio (1991) "Sentencia judicial y creación del derecho", en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (eds.), *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 355-369.
- BUTLER, Andrew (1997) "The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain", *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 323-345.
- y BUTLER, Petra (2005) *The New Zealand Bill of Rights 1990: A Commentary*. Wellington, Lexis Nexis Butterworth.
- CALABRESI, Guido (1982) *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

- (1991) “Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork Brennan Debate Avoids)”, *Harvard Law Review*, 105, 80-151.
- CALABRESI, Stephen G. (2006) “‘A Shining City on a Hill’: American Exceptionalism and the Supreme Court’s Practice of Relying on Foreign Law”, *Boston University Law Review*, 86, 1335-1416.
- CAMPBELL, Tom (1994) “Democracy, Human Rights, and Positive Law”, *Sydney Law Review*, 16, 195-212.
- (2001) “Incorporation through Interpretation”, en T. Campbell, K.D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 79-101.
- (2006) “Human Rights Strategies: An Australian Alternative”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*. Aldershot, Ashgate, 319-341.
- (2011) “Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights”, en T. Campbell, K. D. Ewing, and A. Tomkins (eds.) *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*. Oxford, Oxford University Press.
- CARRIÓ, Genaro R. (1991) “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*. (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)”, en Nino, C. et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 139-170.
- CHARLESWORTH, Hilary (2006) “Australia’s First Bill of Rights: the Australian Capital Territory’s Human Rights Act”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*. Aldershot, Ashgate, 289-304.
- CHOUDHRY, Sujit (2004) “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 2(1), 1-55.
- (2006) “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter’s* Section 1”, *Supreme Court Law Review (2nd)*, 34, 501-535.
- (2010) “After the Rights Revolution: Bills of Rights in the Post-Conflict State”, *Annual Review of Law and Social Science*, 301-322.
- CHRISTIANO, Thomas (2000) “Waldron on Law and Disagreement”, *Law and Philosophy*, 19, 513-543.
- COHEN, Joshua (1989) “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en A. Hamlin y P. Pettit (eds.) *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford, Blackwell, 17-21.

- COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo (2010) “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 263-286.
- (2011), “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, 59, 463-490.
- CRAIG, Paul (1999) “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, en E. Ellis (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 85-102.
- DAVIES, Gareth (2005) “Banning the Jilbab: Reflections on Restricting Religious Clothing in the Light of the Court of Appeal in SB v Denbigh High School”, *European Constitutional Law Review*, 1(3), 511-530.
- DICEY, Albert V. (1915) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª edición. Indianapolis, Liberty Fund.
- DIXON, Rosalind (2007) “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418.
- DWORKIN, Ronald (1965) “Philosophy, Morality, and Law: Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *University of Pennsylvania Law Review*, 113(5), 668-690.
- (1977) *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- (1984) “A Reply”, en M. Cohen (ed.) *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*. Londres, Duckworth, 247-300.
- (1985) “Political Justice and the Rule of Law”, en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 9-32.
- (1986) *Law’s Empire*. Londres, Fontana Press.
- (2000) *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- (2006) *Justice in Robes*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- DYZENHAUS, David (1996) “The legitimacy of legality”, *University of Toronto Law Journal*, 46, 129-180.
- (1997a) “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, en Taggart, M. (ed.), *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 279-307.
- (1997b) *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford, Oxford University Press.
- (1998a) “Law as Justification: Etienne Mureinik’s Conception of Legal Culture”, *South African Journal on Human Rights*, 14, 11-37.

- (1998b) *Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation, and the Apartheid Legal Order*. Oxford, Hart Publishing.
- (2002) “Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law”, *Queen’s Law Journal*, 27, 445-509.
- (2004) “Introduction”, en *The Unity of Public Law*. Oxford, Hart Publishing, 1-19.
- (2005) “The Juristic Force of Injustice”, in D. Dyzenhaus and Moran (eds.), *Calling Power to Account: Law, Reparations and the Chinese Head Tax*. Toronto, University of Toronto Press, 256-284.
- (2006) *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge, Cambridge University Press.
- (2007) “Deference, Security and Human Rights”, en L. Lazarus y B. J. Goold (eds.), *Security and Human Rights*. Oxford, Hart, 125-156.
- (2008) “The Incoherence of Constitutional Positivism”, en G. Huscroft (ed.) *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, 138-160.
- (2010) *Hard Cases in Wicked Legal Systems. Pathologies of Legality*. 2ª edición. Oxford, Oxford University Press.
- (2012) “Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power”, *Global Constitutionalism*, 1(2), 229-260.
- (2014) “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge, Cambridge University Press, 234-258.
- (2015) “What is a Democratic Culture of Justification?”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 425-445.
- y TAGGART, M. (2007) “Reasoned Decisions and Legal Theory”, en D.E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, 134-168.
- ELLIOT, Mark (2001a) “Scrutiny of Executive Decisions under the Human Rights Act 1998: Exactly How ‘Anxious?’”, *Judicial Review*, 6, 166-176.
- (2001b) “The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review”, *Cambridge Law Journal*, 60(2), 301-336.
- (2002) “Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention”, *Legal Studies*, 22, 340-375.

- ELY, John (1981) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- ENDICOTT, Timothy (1996) "Linguistic Indeterminacy", *Oxford Journal of Legal Studies*, 16(4), 667-697.
- ESCUADERO, Rafael (2000) *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- EWING, K. D. (1999) "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review*, 62(1), 79-99.
- (2004) "The Futility of Human Rights Act", *Public Law*, 829-852.
- FELDMAN, David (2000), "Proportionality and the Human Rights Act 1998", en E. Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 117-144.
- FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2002) "Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice", en W. Sadurski (ed.) *Constitutional Justice, East and West*. La Haya, Kluwer Law International, 21-36.
- FERRAJOLI, Luigi (2011) "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, 34, 15-53.
- FERRERES, Víctor (1997) *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Política y Constitucionales.
- (2011) *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, Marcial Pons.
- FINNIS, John (1980) *Natural Law and Natural Rights* (2ª edición). Oxford, Oxford University Press.
- FIORAVANTI, Mauricio (1998) *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta (trad. cast. M. Martínez Neira).
- FISS, Owen M. (1979) "Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, 93(1), 1-58.
- FORDHAM, Michael y DE LA MARE, Tom (2001) "Identifying the Principles of Proportionality" en J. Jowell y J. Cooper (eds.), *Understanding Human Rights Principles*. Oxford, Hart Publishing, 77-89.
- FREDMAN, Sandra (2008) *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford, Oxford University Press.

- (2015) “From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners’ Rights to Vote”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 447-468.
- FULLER, Lon (1958) “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71, 630-672.
- (1968) *Anatomy of Law*. New York, Frederik A. Praeger.
- (1969), *The Morality of Law* (2ª edición). New Haven, Yale University Press.
- (1978) “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, 92(2), 353-409.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4ª edición). Madrid, Cívitas.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2003) “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2015) *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARDBAUM, Stephen (2001) “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, 49, 707-760.
- (2007) “Limiting Constitutional Rights”, *UCLA Law Review*, 54, 789-854.
- (2008) “The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism”, *Michigan Law Review*, 107, 391-466.
- (2010a) “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 8, 167-206.
- (2010b) “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, 4(1), 78-106.
- (2013) *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press.
- (2014) “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge, Cambridge University Press, 259-283.
- GARGARELLA, Roberto (2012) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

- (2014) “Three Brief Comments on Rigid Constitutions and the Republican Tradition”, *Ratio Juris*, 27(4), 516-520.
- GASCÓN ABELLAN, Marina (1994) “La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 63-87.
- GEDDIS, Andrew (2011) “Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand’s Parliament Failed”, *New Zealand Law Review*, 443-474.
- GERVEN, Walter van (1999) “The Effect of Proportionality on the Actions of Member of State of the European Community: National Viewpoint from Continental Europe”, en E. Ellis (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 37-65.
- GEWIRTH, Alan (1978) *Reason and Morality*. Chicago, The University of Chicago Press.
- GLENDON, Mary A. (1991) *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. Nueva York, Free Press.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (1999) *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- (2006) “Introduction”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*. Aldershot, Ashgate, 1-13.
- (2010) *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*. Cambridge, Cambridge University Press.
- GONZÁLEZ RICOY, Íñigo (2014) “Participation, Deliberation, and Constitutional Rigidity”, *Ratio Juris*, 27(4), 521-527.
- GREENAWALT, Kent (1983) “Policy, Rights, and Judicial Decision”, en M. Cohen (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, N.J., Rowman & Allanheld, 88-118.
- GREY, Thomas (1979) “Constitutionalism: An Analytic Framework”, en J. Roland Pennock y John W. Chapman (eds.), *Constitutionalism, Nomos XX*, 20, 189-209.
- (1993) “Thayer’s Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications”, *Northwestern University Law Review*, 88(1), 28-41.
- GRIFFITH, John A. G. (1977) *The Politics of the Judiciary*. Londres, Fontana Press.
- GRIMM, Dieter (2007) “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, 57, 383-397.

- (2010) “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World”, en P. Dobner y M. Loughlin (ed.), *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford, Oxford University Press, 3-22.
- GUASTINI, Riccardo (1996) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona, Gedisa (trad. cast. de J. Ferrer).
- (2014) *Interpretar y argumentar*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. cast. de S. Álvarez Medina).
- GUTMANN, Amy (2003) “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”, en S. Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Cambridge University Press, 168-199.
- HABERMAS, Jürgen (1988) “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa*, 5, 21-45 (trad. cast. M. Jiménez Redondo).
- (1998) *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Madrid, Trotta (trad. cast. M. Jiménez Redondo).
- (1999) *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Madrid, Paidós (trad. cast. J. C. Velasco Arroyo).
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John (1999) *The Federalist Papers* [1788]. London, Signet.
- HART, H. (1983) “Positivism and the Separation of Law and Morals” [1958], en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 21-48.
- (1994) *The Concept of Law* (2ª edición). Oxford University Press, Oxford.
- HICKMAN, Tom (2005) “Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998”, *Public Law*, 306-335.
- (2010) *Public Law After the Human Rights Act*. Oxford, Hart Publishing.
- HIEBERT, Janet (2002) *Charter Conflicts: What is Parliament’s Role?* Montreal, McGill-Queen’s University Press.
- (2004) “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, *Texas Law Review*, 82, 1963-1987.
- HOGG, Peter W. (2007) *Constitutional Law of Canada* (5ª edición). Toronto, Carswell.
- y BUSHELL, Allison A. (1997) “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, 35, 75-124.
- HUNT, Murray (1997) *Using Human Rights Law in English Courts*. Oxford, Hart Publishing.

- (1998) “The ‘horizontal effect’ of the Human Rights Act”, *Public Law*, Aut., 423-443.
 - (2003) “Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, in Bamforth, N. and Leyland, P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*. Oxford, Hart Publishing, 337-370.
 - (2007) “Reshaping Constitutionalism”, en J. Morison, K. McEvoy y G. Anthony (eds.) *Judges, Transition, and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 467-477.
 - (2009) “Against Bifurcation”, en D. Dyzenhaus, M. Hunt y G. Huscroft (eds.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*. Oxford, Hart Publishing, 99-121.
 - (2010) “The Impact of the Human Rights Act on the Legislature: A Diminution of Democracy or a New Voice for Parliament?”, 6, *European Human Rights Law Review*, 601-608.
 - (2015) “Introduction”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 1-25.
- HUSCROFT, Grant (2004) “A Constitutional ‘Work in Progress’? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation”, en Huscroft, G. y Brodie, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. Toronto, LexisNexis, 413-438.
- HUTCHINSON, A. C. (1999) “Supreme Court Inc.: The Business of Democracy and Rights”, en G. Anderson (ed.), *Rights and Democracy: Essays in UK-Canadian Constitutionalism*. Oxford, Blackstone, 29-45.
- IGNATIEFF, Michael (2000) *The Rights Revolution*. Toronto, House of Anansi Press.
- JACOBS, Francis G. (1999) “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, en E. Ellis (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 1-22.
- JOWEL, Jeffrey (2003) “Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Capacity?”, *Public Law*, 592-601.
- KAVANAGH, Aileen (2003) “Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron”, *Law and Philosophy*, 22, 451-486.
- (2004) “The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2), 259-285.
 - (2006) “The Role of Parliament Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 179-206.
 - (2007) “Choosing between sections 3 and 4 of the Human Rights Act 1998: Judicial Reasoning after *Ghaidan v. Mendoza*”, en H. Fenwick, G. Phillipson y R. Masterman (ed.),

Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act. Cambridge, Cambridge University Press, 114-142.

— (2008) “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, en Huscroft, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, 184-215.

— (2009) *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge, Cambridge University Press.

— (2014) “Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 34(3), 443-479.

KELLY, James (1999) “Bureaucratic activism and the Charter of Rights and Freedoms: the Department of Justice and its entry into the centre of government”, *Canadian Public Administration*, 42(4), 476-511.

KELSEN, Hans (1942) “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *Journal of Politics*, 4, 183-200.

— (1988) “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” [1928], en J. Ruiz Manero (ed.) *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, Debate, 109-155.

KEYAERTS, David (2013) “Courts as Regulatory Watchdogs. Does the European Court of Justice bark or bite?”, en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia, 269-289.

KING, Jeff (2015) “Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 165-192.

KRIELE, Martin (1980) *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Buenos Aires, Depalma (trad. cast. de Eugenio Bulygin).

KUMM, Mattias (2004) “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, 574-596.

— (2007) “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Hart Publishing, 131-166.

— (2009) “Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review”, *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper No 09-10*, 1-38.

- (2010) “The Idea of Socratic Contestation and the Right of Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2), 141-175.
- LAPORTA, Francisco (2001) “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, 24, 459-484.
- LAWS, John (1995) “Law and Democracy”, *Public Law*, Spr., 72-93.
- LAZARUS, Liora y SIMONSEN, Natasha (2015) “Judicial Review and Parliamentary Debate: Enriching the Doctrine of Due Deference”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 385-403.
- LOUGHLIN, M (1992) *Public Law and Political Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- MACCORMICK, Neil (1993) “Constitutionalism and Democracy”, en R. Bellamy (ed.) *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*, Manchester, Manchester University Press, 124-147.
- MANFREDI, Christopher (2001) *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Oxford, Oxford University Press.
- MARTÍ, José Luis (2014) “Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word”, *Ratio Juris*, 27(4), 550-558.
- MCLACHLIN, Beverley (1999-2000) “Charter Myths”, *University of British Columbia Law Review*, 33(1), 23-36.
- MEAD, David (2012) “Outcomes Aren’t All: Defending Process-Based Review of Public Authority Decisions under the Human Rights Act”, *Public Law*, 61-84.
- MELERO, Mariano C. (2009) “Libertad, deber de justicia e identificación del Derecho”, *Doxa*, 31, 509-531.
- (2010) *Rawls y la sociedad liberal*. Madrid, Plaza y Valdés.
- (2012) “Estudio preliminar: Dworkin y el imperio de la Ley”, en M. C. Melero (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. Valencia, Tirant lo Blanch, 11-115.
- MEßERSCHMIDT, Klaus (2013) “The Good Shepherd of Karlsruhe. The ‘Hartz IV’ decision — A good example of regulatory review by the German Federal Constitutional Court?”, en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia, 235-247.
- MÖLLER, Karl (2007) “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 5, 453-468.
- MORESO, José J. (1997) *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (2003) “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, 19, 267-282.
- MUREINIK, Etienne (1994) “A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights*, 10, 31-48.
- MURPHY, Jason (2001) “Dialogic Responses to *M. v. H.*: From Compliance to Defiance”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, 59(2), 299-318.
- NINO, Carlos S. (1992) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- (1997) *La constitución de una democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa.
- PERRY, Michael J. (2003) “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?”, *Wake Forest Law Review*, 38, 635-696.
- PERRY, Stephen R. (1989) “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review*, 62, 913-994.
- PETTIT, Philip (1997) *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford, Oxford University Press.
- POOLE, Thomas (2005) “Of headscarves and heresies: The Denbigh High School case and public authority decision making under the Human Rights Act”, *Public Law*, 685-695.
- (2007) “The Reformation of English Administrative Law”, *LSE Law Society & Economy Working Paper* 12/2007: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm> (11/08/16).
- POPELIER, Patricia (2013) “The Court as Regulatory Watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights”, en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia, 249-267.
- y PATIÑO ÁLVAREZ, Aída A. (2013) “Deliberative Practices of Constitutional Courts in Consolidated and Non-Consolidated Democracies”, en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia, 199-231.
- POSTEMA, Gerald (1986) *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford, Clarendon Press.
- (2010a) “Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism”, en P. Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford, Hart Publishing, 259-279.
- (2010b) “Law’s Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality”, *Boston University Law Review*, 90, 1847-1868.
- (2014) “El dominio del Derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la Ley” (trad. cast. J. M. Sauca), *Enomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 4-15.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

— (2004) “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 47-72.

— (2008) “*Principia Iuris*: Una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, en *Doxa*, 31, 325-354.

— (2011) “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *Doxa*, 34, 229-244.

— (2014) “El dominio del Derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la Ley”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 4-15.

RAWLS, John (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

— (1993) *Political Liberalism*. Nueva York, Columbia University Press.

— (1999) *Collected Papers*, S. Freeman (ed.). Cambridge, Mass., Harvard University Press.

— (2001) *Justice as Fairness*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

RAZ, Joseph (1978) “Professor Dworkin’s Theory of Rights”, *Political Studies*, 26, 123-137.

— (1979) *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press.

— (1986) *The Morality of Freedom*. Oxford, Oxford University Press.

— (1995) *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, Oxford University Press.

— (1998) “Disagreement in Politics”, *American Journal of Jurisprudence*, 43, 25-52.

RICHARDSON, Henry S. (2002) *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy*. Nueva York, Oxford University Press.

RISHWORTH, Paul (2004), “The Inevitability of Judicial Review under ‘Interpretative’ Bill of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?”, G. Huscroft y I. Brodie (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. LexisNexis, Toronto, 234-267.

RIVERS, Julian (2006), “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, 65, 174-207.

— (2007) “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Hart Publishing, 167-188.

— (2012) “Promoting Religious Equality”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 1(2), 386-401.

- (2014) “The Presumption of Proportionality”, *The Modern Law Review*, 77(3), 409-433.
- ROACH, Kent (1997) “What’s New and Old About the Legal Process?”, *Toronto Law Journal*, 47, 363-394.
- (2001), *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law.
- (2006), “Dialogue or Defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United State”, *International Journal of Constitutional Law*, 4(2), 347-370.
- (2007), “Dialogic Judicial Review and Its Critics”, en D. Dyzenhaus, S. Reibetanz y A. Ripstein (eds.), *Law and Morality*. 3ª edición. Toronto, University of Toronto Press, 589-644.
- ROUX, Theunis (2013) *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge, Cambridge University Press.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1988) “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(22), 9-51.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2000) “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, *Doxa*, 23, 145-160.
- RUIZ RISUEÑO, Francisco (2012) *El proceso contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (9ª edición). Madrid, Colex.
- SCHAUER, Frederick (2005) “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, en G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press, 49-69.
- SHAPIRO, Scott (2012) *Legality*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- SHARPE, Robert J. y ROACH, Kent (2003) *Brian Dickson: A Judge’s Journey*. Toronto, University of Toronto Press.
- SHINAR, Adam (2009) “With a Little Help from the Courts: The Promises and Limits of Weak Form Judicial Review of Social and Economic Rights”, *International Journal in Context*, 5(4), 417-431.
- SIMPSON, Brian (1973) “The Common Law and Legal Theory”, en A.W.B. Simpson (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence (2nd Series)*, Oxford, Oxford University Press, 77-95.
- (1989) “The Judges and the Vigilant State”, *The Denning Law Journal*, 4, 145-67.
- SPECTOR, Horace (2003) “Judicial Review, Rights, and Democracy”, en *Law and Philosophy*, 22, 285-334.

STONE SWEET, Alec (2000) *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.

— y SHAPIRO, Martin (1994) “The New Constitutional Politics of Europe”, *Comparative Political Studies*, 26(4), 397-420.

STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud (2008) “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 72-164.

— (2011) “All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, 60, 797-875.

SUNSTEIN, Cass (1996) *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford, Oxford University Press.

TAGGART, Michael (1997) “The Province of Administrative Law Determined?”, en M. Taggart (ed.) *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, 1-20.

— (2003) “Reinventing Administrative Law”, en Bamforth, N. y Leyland, P. (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Oxford, Hart Publishing, 311-335.

— (2008) “Proportionality, Deference, Wednesbury”, *New Zealand Law Review*, 423-481.

THAYER, James B. (1893) “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.

TRIBE, Laurence (1980) “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *Yale Law Journal*, 89, 1063-1080.

— *American Constitutional Law* (2nd edition). New York, Foundation Press.

TUORI, Kaarlo (2002) *Critical Legal Positivism*, Aldershot, Ashgate, 2002.

TUSHNET, Mark (1980) “Darkness of the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory”, *Yale Law Journal*, 89, 1037-1062.

— (1995), “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, *Michigan Law Review*, 94, 245-301.

— (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press.

— (2008) *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Princeton University Press.

— (2013) “The Relation between Political Constitutionalism and Weak-Form of Judicial Review”, *German Law Journal*, 14(12), 2249-63.

UHR, John (2006) “The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights”, en T. Campbell, J. Goldsworthy y A. Stone (eds.) *Protecting Rights Without a Bill of Rights. Institutional Performance and Reform in Australia*. Aldershot, Ashgate, 41-60.

- VAN HOECKE, Mark (2013) "Constitutional Courts and Deliberative Democracy", en P. Popelier, A. Mazmanyan y W. Vandenbruwaene (eds.) *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*. Cambridge, Intersentia, 183-197.
- WALDRON, D. (1993), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 18-51.
- (1999), *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- (2001), "Normative (or Ethical) Positivism", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*. Oxford, Oxford University Press, 411-433.
- (2006a), "Did Dworkin Ever Answer the Critics?", en S. Herschovitz (ed.), *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford, Oxford University Press, 155-182.
- (2006b), "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
- (2008) "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, 43(1), 1-61.
- WALTERS, Mark D. (2003) "Common Law, Reason, and Sovereign Will", *Toronto Law Journal*, 53, 65-88.
- WALUCHOW, Wil (2005) "Constitutions as Living Tress: An Idiot Defends", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18, 207-247.
- (2007), *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge, Cambridge University Press.
- (2008), "Constitutional Morality and Bill of Rights", en G. Huscroft, G. (ed.), *Expounding the Constitution*. Cambridge, Cambridge University Press, 65-92.
- WALZER, Michael (1981) "Philosophy and Democracy", *Political Theory*, 9, 379-399.
- WEBER, Max (1944) *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica (trad. cast. J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora).
- (1998) *El político y el científico*. Madrid, Alianza.
- WEILER, Paul C. (1984) "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18(1), 51-92.
- WEINRIB, Lorraine (2006) "The Postwar Paradigm and American Exceptionalism, en S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge, Cambridge University Press, 84-111.
- WILLIS, John (1938) "Statute Interpretation in a Nutshell", *The Canadian Bar Review*, 16(1), 1-27.

- YOUNG, Alison L. (2009a) *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford, Hart Publishing.
- (2009b) “In Defense of Due Deference”, *Modern Law Review*, 72(4), 554-570.
- (2014) “Proportionality is Dead. Long Live to Proportionality!” en G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge, Cambridge University Press, 43-66.
- YOWELL, Paul (2015) “The Impact of the Joint Committee on Human Rights on Legislative Deliberation”, en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford, Hart, 141-164.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995) *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta (trad. cast. de M. Gascón Abellán).
- ZURN, Christopher F. (2007) *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge, CUP.